UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

# LA NOTION D'IRRECEVABILITÉ EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*présentée et soutenue publiquement le 23 juin 1965*

PAR

MOHAMED ABDEL-KHALEK OMAR

MEMBRES DU JURY :

*Président :* M. ROGER PERROT

*Suffragants* { M. R. DAVID, Professeur
M. P. RAYNAUD, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534905_0082

# LA NOTION D'IRRECEVABILITÉ EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

UNIV. LEIDEN BIBL.

**

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

# LA NOTION D'IRRECEVABILITÉ EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*présentée et soutenue publiquement le 23 juin 1965*

PAR

MOHAMED ABDEL-KHALEK OMAR

MEMBRES DU JURY :

*Président :* M. ROGER PERROT

*Suffragants* { M. R. DAVID, Professeur
M. P. RAYNAUD, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V[e])
PARIS

1967

*A MON MAITRE*
*MONSIEUR LE PROFESSEUR HENRY SOLUS*

*A MES PARENTS*

*A LA MEMOIRE DE MON GRAND-PERE*
*YASSINE AHMED* (1882-1966)
***Ancien juge et homme d'Etat égyptien.***

*Je tiens à remercier Messieurs les professeurs Henry Solus et Roger Perrot des conseils qu'ils m'ont prodigués et de la bienveillance dont ils m'ont entouré tout au long de la préparation de cette thèse.*

# INTRODUCTION

1. — Irrecevabilité est le contraire de recevabilité. Il peut paraître un peu absurde de choisir pour titre de cette étude le mot irrecevabilité au lieu du mot recevabilité. Mais le choix du mot indique l'esprit dans lequel j'ai abordé le problème et mené les recherches. Le lecteur sera déçu s'il s'attend à trouver ici une liste complète et exhaustive des conditions de recevabilité. L'emploi du terme d'irrecevabilité a en outre l'avantage de souligner l'aspect pratique du problème qui se pose essentiellement sur le plan de la défense dans un procès; en effet, historiquement, les difficultés énormes pour définir l'irrecevabilité ont été mises en évidence quand on essaya de classifier ces moyens de défense qu'on appelle fins de non-recevoir; faut-il rattacher ces moyens aux défenses au fond ou aux exceptions de procédure, ou mieux ne faut-il pas leur réserver une place à part ? C'est là une question difficile dont les éléments de solution doivent être recherchés dans les diverses disciplines du droit privé et du droit public aussi bien que dans la théorie générale de droit.

2. — On ne saurait trop insister sur la difficulté de la théorie de l'irrecevabilité. A première vue, on ne sait pas par quel bout la prendre. On ne s'étonne pas si elle a découragé beaucoup de chercheurs. En 1931, M. Guillien a écrit : « La théorie de la recevabilité pose de multiples problèmes. Aucun n'est vraiment étudié. Les termes exception d'*irrecevabilité* et *fin de non-recevoir* sont-ils absolument synonymes ? Voilà un point sur lequel nous ne savons rien. Ce qu'on peut affirmer, c'est que l'on fait un véritable mélange des questions de recevabilité et des questions de fond. La difficulté de la matière se traduit par l'absence complète de toute étude d'ensemble. Les traités de procédure civile en parlent, un peu rapidement, au chapitre des moyens de défense. Les répertoires les plus connus, tel que le répertoire de droit français, ne contiennent pas d'article sur l'irrecevabilité. L'article *fin de non-recevoir* est transformé en une collection de renvois : acquiescement, action en justice, appel, etc. Pas une ligne de texte

qui lui soit propre; cela suffit pour démontrer l'éparpillement de la question et l'absence de tout essai de synthèse. » (1) Peut-être M. Guillien exagérait-il un peu. Mais sa pensée n'en révèle pas moins que le problème d'irrecevabilité a été pour longtemps indûment négligé par la doctrine. La confusion et l'imprécision qui entouraient la définition des fins de non-recevoir ont incité certains auteurs à penser que « ce groupe de défense ne correspond vraiment ni à un phénomène juridique particulier ni à un besoin pratique. Son caractère hybride, son imprécision en compromettent l'utilité, et nous estimons qu'il s'agit en réalité, soit de problèmes de régularité de la procédure (comme dans le cas des voies de recours), soit de questions de fond; il n'existe aucune différence spécifique entre, par exemple, le défaut de capacité et un vice de consentement, et la prescription affecte le fond du droit de la même manière que toute autre modification survenant à ce dernier » (2). Peut-être, le point le plus intéressant à propos de cette condamnation de la notion de fin de non-recevoir est que l'auteur qui l'a émise, M. Motulsky, est précisément revenu sur ces idées et s'est rangé parmi les défenseurs de cette notion (3).

3. — Fort heureusement, quelques études récentes (4), et notamment celles du Professeur Solus dans son Cours de Licence (5) et, avec la collaboration de M. Perrot, dans le Traité de droit judiciaire privé (6), ont contribué beaucoup à clarifier la question épineuse de la nature des fins de non-recevoir. J'ai beaucoup profité de ces études savantes qui, sur plusieurs points, disent le dernier mot. On dira peut-être quel est donc l'intérêt de reprendre l'étude d'une théorie à laquelle des développements importants ont été consacrés sous la plume d'éminents maîtres ? Pourtant, j'ai cru utile de faire une étude de synthèse sur la notion d'irrecevabilité ayant pour objet de préciser son rôle en droit judiciaire privé et, si j'ose dire, dans l'ordre juridique en général. Il faut tout d'abord trouver un critère de distinction entre les exceptions de procédure et les moyens d'irrecevabilité. Il faut ensuite trouver un critère de distinction entre ceux-ci et les défenses au fond. Si on réussit à faire cette double distinction, on arrivera du même coup à établir l'autonomie de la notion d'irrecevabilité. Une fois cette autonomie établie, il faut procéder pour montrer son utilité pratique. La première question qui se pose à cet égard est : quels sont

(1) GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et la chose jugée*, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 107.

(2) H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé.* (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Thèse, Lyon, 1947, n° 91, p. 92.

(3) H. MOTULSKY, note au J.C.P. 1963.II.13191.

(4) BÉGUET, *Etude critique de la notion de fin de non-recevoir*, R.T.D.C. 1947, p. 133.

(5) H. SOLUS, *Cours de droit judiciaire privé, Les Cours de droit*, 1959-1960, p. 51 et pp. 106-107.

(6) SOLUS et PERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, T. I, Paris, 1961, n°s 220-222 et n°s 313 et s. ; PERROT, *Cours de droit judiciaire privé*, 1963-1964, pp. 51, 96, 123.

les buts que l'irrecevabilité tend à atteindre en tant que technique juridique ? Ces buts sont multiples : éviter les procès inutiles afin de désencombrer les tribunaux (la notion d'intérêt), déterminer les personnes qui peuvent agir en justice (la notion de qualité, la notion de capacité), réaliser la sécurité juridique en empêchant le renouvellement infini des procès (l'autorité de la chose jugée) ou en stabilisant les situations juridiques acquises au bout d'un certain temps (la prescription, la forclusion, la déchéance), limiter l'instance dans un certain cadre pour en faciliter la marche ordonnée d'une façon à garantir les intérêts respectifs des parties (le principe de l'immutabilité du litige), etc. On voit bien que les causes d'irrecevabilité ont un caractère hétérogène et, pour ainsi dire, défient une énumération exhaustive.

4. — Le terme de fin de non-recevoir est d'usage universel; on l'emploie en procédures civile et commerciale comme en procédure pénale et en procédure administrative contentieuse, et même jusqu'en langage courant. Il est significatif que ce terme, qui a été inventé par les praticiens de l'Ancien Droit, n'était pas connu en droit romain et il ne l'est pas dans les autres systèmes juridiques. C'est là un signe de la finesse et de la richesse de la terminologie française.

5. — Mais si le terme de fin de non-recevoir n'est connu que dans le système juridique français, il n'en reste pas moins vrai que les phénomènes juridiques que ce terme est invoqué pour désigner (et sur la détermination de ces phénomènes, bien entendu, on peut tomber en désaccord) peuvent se produire d'une façon ou d'une autre dans les autres systèmes juridiques. D'où les avantages qu'on puisse tirer de l'étude du problème de l'irrecevabilité en droit comparé. Mais quand on étudie un droit étranger, il ne s'agit pas de trouver une définition de fin de non-recevoir mais de voir comment et dans quelle mesure un problème de recevabilité se pose dans ce droit. Ce faisant, nous serons mieux en mesure d'approfondir davantage l'étude des fins de non-recevoir en droit français. « Le droit comparé — et c'est là aux yeux de beaucoup son principal intérêt — constitue un instrument indispensable pour le renouvellement de notre science juridique; il doit nous servir à mieux connaître, comprendre et pénétrer notre propre droit. Le repli des juristes sur leur droit national les expose à devenir des techniciens, inaptes à guider, comme c'est leur mission, le développement de leur propre droit. Le droit comparé joue un rôle comparable à celui de l'histoire. Il donne à celui qui étudie son droit national le recul qui lui est nécessaire pour mieux voir les contours de ce droit. Il montre le caractère contingent, accidentel, de règles ou d'institutions auxquelles, en l'absence de comparaison, on pourrait être tenté d'attribuer un caractère de nécessité et de permanence. Il permet aussi de voir comment certaines parties de notre droit peuvent être parfois mal réglées et désuètes » (7).

(7) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporain* (Droit comparé), Précis Dalloz, 1964, n° 8, pp. 10-11.

6. — Mais la méthode comparative a ses limites. On ne peut pas faire l'analyse de tous les systèmes juridiques et, par la force des choses, un choix rigoureux s'impose. Dans ce choix, nous nous sommes inspiré de deux principes : 1° Il faut choisir les systèmes qui possèdent une originalité et une indépendance complète vis-à-vis du droit français. 2° Et en même temps il ne faut pas oublier les systèmes qui appartiennent à la même famille juridique du droit français. Tout cela explique, d'une part, notre choix du droit musulman et du droit anglais auxquels nous avons consacré des développements à part et, d'autre part, notre choix du droit italien auquel nous avons fait des références constantes tout au long de cette étude.

*
**

7. — A la lumière de ces considérations générales, cette étude sera divisée en deux parties :

8. — Dans la première partie, il sera question de voir comment le principe de distinction entre le fond et la recevabilité est reconnu en droit musulman et en droit anglais, et comment ce principe a été lentement dégagé et précisé au cours de l'évolution historique du droit français des origines romaines jusqu'à nos jours. Une telle démarche nous aidera à apprécier comment l'opposition de fond à la recevabilité a permis d'entrevoir que tout ce qui n'appartient pas au fond ne relève pas nécessairement du domaine de la recevabilité. Il serait convenable de n'accorder au terme d'irrecevabilité qu'un sens restreint, bien précis, de façon à séparer la recevabilité non seulement des règles de fond, mais aussi des règles concernant la compétence et les formalités procédurales proprement dites.

9. — Dans une deuxième partie, nous essaierons d'appliquer les critères que les développements de la première partie ont permis d'élaborer, aux certains cas concrets dans lesquels le problème de la distinction entre le fond et la recevabilité se pose avec une certaine acuité. Nous examinerons la condition de contestation, les conditions concernant le titulaire de l'action, la condition d'agir dans un certain temps et enfin la condition concernant l'absence de l'autorité de la chose jugée. De cette façon on arrivera à déterminer la fonction de la notion d'irrecevabilité.

PREMIÈRE PARTIE : *L'autonomie de la notion d'irrecevabilité.*

DEUXIÈME PARTIE : *La fonction de la notion d'irrecevabilité.*

## PREMIERE PARTIE

# L'AUTONOMIE DE LA NOTION D'IRRECEVABILITÉ

10. — La notion d'irrecevabilité est une notion autonome qu'il convient de distinguer du fond du droit et des notions voisines en droit judiciaire privé. Il faut remarquer que c'est la distinction entre le fond et la recevabilité qui pose les problèmes les plus difficiles.

11. — Les questions du fond et de recevabilité se mêlent de telle sorte qu'il devienne extrêmement délicat de les distinguer les unes des autres. Il importe de trouver un critère qui servira de base pour cette distinction. Nous croyons que ce critère doit être recherché dans le cadre de la théorie de l'action. Le droit comparé et l'histoire du droit nous révèlent qu'au commencement il y avait l'action, et que c'était la prolifération des actions qui a permis de dégager des catégories plus ou moins précises des droits substantiels. Cette constatation nous aidera à mieux saisir le sens de l'opposition du fond à la recevabilité et, en même temps, à mieux apprécier le rôle créateur de celle-ci.

12. — Quant à la distinction entre l'irrecevabilité et les autres notions du droit judiciaire comme la nullité et l'incompétence, la difficulté n'a pas la même ampleur. Dans la plupart des cas, il est facile de déterminer s'il s'agit ou non d'une question de forme ou d'une question d'incompétence. L'important pour nous est de souligner que l'irrecevabilité a un sens bien précis, même dans le cadre de l'instance. Il y a deux manières de concevoir les rapports entre l'irrecevabilité et l'instance : ou bien on considère que tout ce qui se rapporte à la régularisation de la liaison de l'instance rentre dans le domaine

de l'irrecevabilité, ou bien on considère que l'irrecevabilité sanctionne le défaut d'une partie seulement des conditions requises pour la liaison de l'instance. Nous croyons que la deuxième manière est la plus exacte. La recevabilité et la liaison de l'instance ne sont pas la même chose.

13. — De ce qui précède, il résulte que l'autonomie de la notion d'irrecevabilité doit être recherchée dans le cadre des théories de l'action et de l'instance.

14. — Nous proposons d'étudier, dans cette première partie, comment et dans quelle mesure une notion de recevabilité est reconnue dans les différents systèmes juridiques et comment l'évolution historique du droit français a abouti à l'élaboration empirique d'une notion de fin de non-recevoir. Après quoi, il nous serait possible de procéder à la délimitation du domaine de l'irrecevabilité.

CHAPITRE I : *La notion d'irrecevabilité en droit comparé.*

CHAPITRE II : *L'évolution historique de la notion d'irrecevabilité.*

CHAPITRE III : *Le domaine d'irrecevabilité.*

## CHAPITRE PREMIER

# *LA NOTION D'IRRECEVABILITE EN DROIT COMPARE*

15. — Il est significatif que les systèmes juridiques autres que le système français ignorent une notion identique à la notion de fin de non-recevoir (1). Mais cela n'empêche pas que les droits étrangers connaissent, eux aussi, les problèmes résultant de la distinction entre le fond et la procédure. Le droit musulman et le droit anglais sont typiques à cet égard. Ces deux droits connaissent la distinction entre le fond et la procédure et, en même temps, reconnaissent une certaine autonomie à l'action. Mais ni les juristes musulmans, ni les juristes anglais n'ont poussé l'analyse plus loin pour dégager une notion autonome d'irrecevabilité. Cette remarque nous conduit à faire une mise au point d'ordre méthodologique. Quand on traitera le droit musulman ou le droit anglais, il ne sera pas question de relever des définitions d'irrecevabilité sous la plume des auteurs musulmans ou anglais puisque, par hypothèse, ce terme n'est pas employé par ces auteurs, mais de rechercher les éléments d'une notion d'irrecevabilité à l'image de la notion française. Une telle démarche a l'avantage de nous permettre de voir comment les mêmes problèmes ont été résolus par des techniques différentes dans les différents systèmes et nous aidera à trouver une réponse à la question : Est-ce que l'irrecevabilité est une notion utile et indispensable ?

(1) Le droit belge ne reconnaît pas les fins de non-recevoir comme une catégorie juridique autonome. Voy. Rapport sur la réforme judiciaire par Ch. Van Reepinghen, Bruxelles, 1964, T. I, pp. 37-38, p. 319. Les vocables de fin de non-recevoir et d'irrecevabilité sont écartés de la législation pour le motif que « ce n'est pas au législateur qu'il appartient de sceller une terminologie qui, incertaine dans le passé et encore mouvante, risque de donner lieu à méprise et à confusion ». On peut reprocher aux rédacteurs du projet que les difficultés inhérentes à la définition d'une notion ne sont pas une raison pour bannir cette notion de la terminologie juridique.

16. — L'étude du droit musulman et du droit anglais présente un autre intérêt pour le juriste français. On sait que le droit français a influencé fortement plusieurs pays de droit musulman, et il importe, en prenant l'exemple de l'Egypte, de préciser comment et dans quelle mesure les solutions et les techniques du droit musulman ont cédé la place aux solutions et techniques du droit français. Quant au droit anglais, on sait que, malgré le fait qu'il partage avec le droit français les mêmes origines historiques, il a connu pourtant une évolution historique différente.

*Section I :* La notion d'irrecevabilité en droit musulman et en droit égyptien moderne.

*Section II :* La notion d'irrecevabilité en droit anglais.

## Section I

## LA NOTION D'IRRECEVABILITE EN DROIT MUSULMAN ET EN DROIT EGYPTIEN MODERNE

### Considérations préliminaires.

#### I. — Vue d'ensemble sur l'histoire du droit égyptien.

17. — L'évolution historique de la notion d'irrecevabilité n'est pas moins facile à retracer si on la place dans le cadre plus vaste de l'évolution du droit égyptien en général. On sait que dès la conquête arabe, en 642 après J.-C. jusqu'en 1875, le droit musulman était le droit commun applicable dans tous les domaines (3). En 1875, des codes très fortement inspirés par les codes français ont été promulgués pour gouverner le contentieux civil qui s'élève entre les étrangers bénéficiant du système des capitulations et entre ces étrangers et les égyptiens (4). Mais l'année 1883 est la date la plus importante dans l'histoire du droit égyptien moderne puisqu'elle marque une véritable révolution juridique et inaugure une ère nouvelle. Dans cette année, en effet, des codes nationaux ont été promulgués pour régler l'ensem-

(2) Ces considérations générales paraîtront peut-être hors sujet, mais nous avons jugé utile de les insérer dans le texte à l'intention des lecteurs qui n'ont pas étudié le droit musulman.

(3) Ibn Arnous, *Histoire de la justice islamique (en arabe)*, Le Caire, 1934, pp. 8, 198 ; Seif R., *Les conflits de juridiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes*, Thèse, Le Caire, 1938 (en arabe et en français), p. 13 de la version française.

(4) Kamha A. et El-Sayyed A., *Explication de la loi de procédure musulmane* (en arabe), Le Caire, 1924, n° 39, p. 35 ; Seif, *op. cit.*, p. 19.

ble des relations juridiques entre les Egyptiens eux-mêmes (5). Ces codes (code pénal, code d'instruction criminelle, code civil, code commercial, code de procédure civile et commerciale) sont très semblables aux codes « mixtes » de 1875 et, par conséquent, profondément influencés par les codes français.

18. — Le droit musulman a été maintenu pour organiser les rapports du statut personnel : le mariage, le divorce, les successions, etc. Les tribunaux musulmans, réorganisés, ont continué de connaître du contentieux du statut personnel (6). Un point intéressant mérite d'être souligné : malgré le fait que la majorité des Egyptiens avaient choisi de suivre le rite « chafiite », les gouverneurs ottomans, qui confessaient le rite « hanéfite », ont essayé, dès 1517, d'imposer leur propre rite à tout le monde (7). La codification ottomane de 1870, le célèbre *Mecelle* (prononcez medjellé), est une codification du droit hanéfite. Plusieurs lois, après 1883, ont été passées pour organiser la procédure devant les tribunaux musulmans et pour codifier certaines matières relevant du statut personnel (8). Dans ces différents actes législatifs, l'influence du droit hanéfite est remarquable. Donc on peut dire que la procédure devant les tribunaux musulmans était dans une très large mesure la procédure élaborée par les savants hanéfites : d'où l'intérêt tout particulier qu'offre l'étude des vieux ouvrages hanéfites, devenus aujourd'hui classiques.

19. — On a vu avec raison dans la multiplicité des juridictions une source d'inconvénients : les conflits de compétence et la contradiction des jugements émanant des juridictions indépendantes l'une à l'égard de l'autre, compromettaient sérieusement l'idéal d'une bonne administration de la justice (9). Un premier pas pour remédier à cet état de choses a été pris en 1937 par le Traité de Montreux qui décida la suppression des juridictions mixtes à partir de 1949 (10). Ensuite un nouveau code de procédure civile a été promulgué en 1949. En 1955, le législateur a décidé d'abolir la juridiction des tribunaux musulmans (11).

C'est ainsi que s'est réalisée enfin *l'unification* des différentes juridictions en Egypte (12).

20. — Mais, malgré l'unification des juridictions, la procédure applicable n'est pas encore unifiée. La loi de procédure islamique

(5) Kamha et El-Sayyed, *op. cit.*, n° 40, p. 37 ; Seif, *Manuel de procédure civile et commerciale* (en arabe), Le Caire, 1965, n°s 20 et s.

(6) Kamha et El-Sayyed, *op. cit.*, p. 85.

(7) Kamha et El-Sayyed, *op. cit.*, p. 42.

(8) Kamha et El-Sayyed, *op. cit.*, n°s 101 et s., p. 108 et s.

(9) Kamha et El-Sayyed, *op. cit.*, n° 100, p. 84 ; Seif, *Manuel de procédure civile*, n° 21.

(10) Seif, *op. cit.*, n° 22.

(11) Seif, *op. cit.*, n° 23.

(12) Y. Linant de Bellefonds, *La suppression des juridictions de statut personnel en Egypte*, Rev. int. dr. comp., 1956, p. 412.

n° 78, 1931, continue à être appliquée dans une certaine mesure aux matières du statut personnel des égyptiens (12 *bis*). De plus une loi n° 126, 1951, a ajouté un livre IV au code de 1949 contenant les règles de procédure applicable aux matières du statut personnel des étrangers. Cet état des choses diminue considérablement les avantages qu'on espérait tirer de l'unification des juridictions (12 *ter*). On préconise vivement une intervention législative pour supprimer cette anomalie et soumettre tous les litiges à une loi uniforme de procédure.

### II. — Quelques remarques générales sur la procédure en droit musulman.

21. — La justice islamique est née avec le prophète qui envoya dans les provinces les premiers juges de l'Islam. Mais c'était le second calife Omar (634-644 après J.-C.) qui, le premier, a organisé la fonction de la justice ainsi que les autres services publics principaux du nouveau-né Etat musulman (13).

22. — Il est utile de signaler ici que le droit musulman connaît les théories et les notions de la justice (*El-Kada*), de l'action (*El Daawa*), de la juridiction (*Medjlis el Kadaa*) et de l'instance (*Khosuma*).

23. — Généralement, l'ensemble du droit judiciaire est traité par les auteurs musulmans dans le livre de la justice (*Kitab el-Kadaa*) et dans le livre de l'action (*Kitab el-Daawa*). Le premier concerne l'organisation judiciaire et le second concerne l'action, l'exception, les preuves, l'instruction, le jugement et les voies d'exécution.

24. — Les auteurs musulmans ont eu le soin de distinguer entre l'action et le droit. Pour l'action elle-même, ils distinguent entre ses éléments constitutifs et ses conditions. Si l'un des éléments de l'action fait défaut, il n'y a donc pas d'action. Les conditions de l'action sont sanctionnées par une nullité ou une inaudibilité.

L'action qui réunit les conditions requises engendre un procès (*Khosuma*). Dans un procès, il faut qu'il y ait un demandeur et un défendeur, c'est-à-dire deux parties au moins. Si la personne qui intente l'action ou la personne contre laquelle l'action est intentée n'a pas la qualité (*Sifat*) de partie, donc il n'y a pas de procès (14).

25. — Ainsi, notre étude de droit musulman sera divisée en cinq sous-sections successives. Dans la première, nous étudierons la théorie

(12 *bis*) Voy. *Cour d'appel du Caire*, 2 février 1964, Bull. Officiel, année 1962, p. 68, n° 10.

(12 *ter*) Abdelwahab S., *La procédure du statut personnel des étrangers* (en arabe), Le Caire, 1957.

(13) A. Kamha et A. El-Sayyed, *op. cit.* ; M. Ibn Arnous, *Histoire de la justice islamique* (en arabe), Le Caire, 1934 ; Ahmed M.B., *An outline of the system of the administration of Justice under the Muslims in India between* 1206 *and* 1750, Thèse M. Litt., Cambridge, 1938.

(14) V. *El-Fatawi El-Hindiyyah* (Le recueil indien officiel élaboré par un comité de savants indiens présidé par le Cheik Nizam, par ordre du Sultan Mohamed Aureng-Zieb), T. IV, pp. 29-31 (écrit vers 1070 hégire, 1660 après J.-C.), éd. Le Caire, 1328 h., 1910 après J.-C.

des éléments de l'action et dans la seconde, nous aborderons le problème des conditions de l'action. Dans une troisième sous-section, il sera question de la notion de partie dans le procès. Ensuite, il est opportun de dire quelques mots sur la classification des moyens de défense et le moment auquel ils peuvent être invoqués, et ce sera l'objet d'une quatrième sous-section. Enfin, nous consacrerons une dernière et cinquième sous-section à la notion des fins de non-recevoir en droit égyptien moderne.

## Sous-Section I

## LES ELEMENTS DE L'ACTION (Rukn-el-daawa)

### § 1. — La distinction entre les conditions d'existence et les conditions d'exercice.

26. — Les auteurs musulmans (15) font une distinction primordiale entre le « *rukn* » et la « *Charte* » d'une action en justice. Le « *rukn* » est « ce qui constitue la « *substance* » de l'action, c'est-à-dire les éléments constitutifs intrinsèques qui sont indispensables à son existence même ». La « *Charte* » est « la condition et la modalité extrinsèques de la réalisation de l'action. La condition ne rentre guère dans la substance même de l'action, mais elle est indispensable pour que l'action produise des effets juridiques à l'égard du juge et des parties ».

27. — Selon *El Zeilaai* (16) et le *Recueil Indien* (17), le « *rukn* » de l'action est « la réclamation d'une chose en l'état de contestation ». Le demandeur dans une action est, selon le grand savant *El-Sarakhsi* (18), « celui qui veut prouver un droit à l'égard d'un autre » (19).

28. — Cela dit, il apparaît que l'action en droit musulman s'analyse en deux éléments :

(15) *El-Fatawi El-Hindiyyah*, T. IV, p. 1 ; M.Z. El-Ibiani, *Recherches sur la procédure musulmane*, Le Caire, 1924, p. 4 ; Add. Ch. Cardahi, *La théorie générale des actions en droit musulman*, Bull. de Lég. comp., 1929, p. 279.

(16) Commentaire sur le *Kanz d'El-Nasfi*, 743 h., 1314 ap. J.-C., éd. Le Caire, 1310 h., 1893 ap. J.-C., T. IV, p. 290.

(17) *El-Fatawi El-Hindiyyah*, T. IV, p. 1.

(18) El-Sarakhsi, *El-Mabsut*, 438 h., 1047 après J.-C., éd. Le Caire, 1324 h., 1906 après J.-C., T. XVII, p. 29.

(19) Dans le même sens : El-Kassani, *Badaïe El-Sanaié*, 587 h. 1192 après J.-C., éd. Le Caire, 1328 h., 1910 après J.-C., T. VI, p. 222 ; Article 1613 du Code ottoman, la Mecelle (prononcer : medjellé).

1° une prétention juridique, c'est-à-dire la réclamation d'un droit (20) à l'égard d'un autre;

2° une contestation, c'est-à-dire une atteinte sur ou une méconnaissance du droit ou des droits du demandeur. « En l'état de paix », dit *El-Zeilaai* (21), il n'y a pas d'action ».

### § 2. — La distinction entre le droit et l'action.

29. — Après avoir fixé les éléments de l'action, les auteurs musulmans ont constaté qu'avoir action ne signifie pas avoir droit. A ce propos, le grand savant *El-Sarakhsi* (22) a écrit : « Celui qui veut, en l'état de contestation, faire valoir son droit à l'égard d'un autre n'est qu'un demandeur tant qu'il n'a pas encore gagné le procès, après quoi il s'appellera "celui qui a un droit" et non plus "celui qui a une action". »

## Sous-Section II

## LES CONDITIONS DE L'ACTION (chéroute-el-daawa)

30. — « Il est deux sortes d'actions, écrit *El-Sarakhsi* (23), l'action valable (*Sahiha*) et l'action nulle (*Facida*). » L'action valable produit des pouvoirs et des devoirs vis-à-vis du juge et des parties. L'action nulle ne produit aucun effet juridique (24). Si l'action remplit les conditions requises, elle sera audible. Si, au contraire, l'une de ces conditions fait défaut, l'action sera nulle, ou inaudible. Pour ce qui concerne les conditions de l'action, nullité (*Butlan* ou *façade*), inaudibilité (*Adam Samaa*) (25) sont des termes qui désignent le même phénomène juridique : une action qui ne produit aucun effet juridique.

31. — Les conditions de l'action en droit musulman sont les suivantes (26) :

(20) On peut dire que le droit musulman, contrairement au droit romain, a connu la notion des droits substantiels, indépendamment de l'évolution du droit des actions. V. sur la classification des droits en droit musulman, M.Y. Moussa, *Introduction à l'étude du droit musulman* (en arabe), Le Caire, 1954, p. 211 et s.

(21) El-Zeilaai, *op. cit.*, p. 290.

(22) El-Sarakhsi, *op. cit.*, p. 294 ; dans le même sens, El-Zeilaai, *op.* et *loc. cit.*

(23) *Op. cit.*, T. XVII, p. 29.

(24) V. dans le même sens *El-Fatawi El-Hindiyyah*, T. IV, p. 2.

(25) C'est là la terminologie du droit musulman classique. En droit égyptien moderne, on a traduit le mot français irrecevabilité par le mot arabe « *adam kabul* » qui signifie littéralement « *inacceptabilité* ».

(26) El-Kassani, T. VI, p. 222 et s. ; El-Zeilaai, T. IV, p. 291 et s. ; El-Sarakhsi, T. XVII, p. 30 et s. ; *El-Fatawi El-Hindiyyah*, T. IV, p. 2 et s. ; El-

32. — 1° La capacité du demandeur et du défendeur (27). Il s'agit d'une véritable condition de recevabilité.

33. — 2° La détermination de l'objet et de la cause de la prétention (28). On peut voir là une condition de forme.

34. — 3° La saisine d'une juridiction compétente.

35. — 4° L'absence de toute contradiction dans le comportement du demandeur « *tanakod* » (29). Par exemple, si le demandeur a déclaré qu'une certaine chose est à M. Untel et s'il revendique ensuite la propriété de la même chose devant le juge, la contradiction est flagrante entre la déclaration, d'une part, et la revendication consécutive, d'autre part, et par conséquent, l'action est « nulle » ou inaudible.

Un autre exemple : A., un prétendu héritier assigne B., un autre prétendu héritier pour que le juge décide la question de leurs droits à l'héritage du défunt X..., B. fait défaut. Ensuite B. intente une action contre A. pour obtenir une déclaration que A. n'est pas l'héritier de X. Le tribunal d'instance d'Assiout a décidé que le comportement de B. étant contradictoire, son action est inaudible (30).

L'absence de contradiction correspond *grosso modo* à la théorie anglo-saxonne de *l'estoppel* (31) et à la théorie espagnole de *Actos proprios* (32).

36. — 5° La raisonnabilité et la possibilité de l'objet de la demande. Par exemple, si un demandeur prétend qu'il est le père d'une personne plus âgée que lui, son action sera irrecevable. On peut remarquer qu'il s'agit dans ce cas d'une véritable condition de fond (art. 1629 de Mecelle). Le mal-fondé de la demande irraisonnable ou impossible est clair et manifeste.

37. — 6° La présence du défendeur. L'action contre une personne absente est inaudible. C'est l'opinion de l'école hanéfite. On a trouvé le fondement de cette inaudibilité dans le « *Hadith* » du Prophète : « Ne donnez pas droit à l'une des parties sans entendre les arguments de l'autre. » « C'est une injustice, explique *El-Kassani*, que de juger une personne qui n'a pas su se défendre » (33). D'ailleurs, il faut noter que le défendeur est considéré comme présent s'il est dûment représenté dans le procès (34). Par exemple, si un plaideur a prétendu que M. Untel est son frère sans réclamer ni héritage, ni pension alimentai-

IBIANI, *Recherches sur la procédure musulmane*, p. 7 et s. ; KAMHA et EL-SAYYED, *La procédure en droit musulman*, p. 231 ; LA MECELLE, article 1616 et s.

(27) V. article 1616 de MECELLE.

(28) V. article 1619 de MECELLE.

(29) EL-IBIANI, *op. cit.*, p. 52.

(30) 9 septembre 1939, Bull. offic., année 41, 5, n° 9.

(31) *Infra*, n° 95.

(32) Voy. José Puig BRUTAU, *La doctrina de los actos proprios*, éd. Ariel, Barcelone, 1951. Cet ouvrage contient des comparaisons utiles avec le droit anglais.

(33) EL-KASSANI, T. VI, p. 222.

(34) EL-KASSANI, T. VI, p. 223.

re, son action est irrecevable, parce que c'est à la vérité une action contre un absent, contre les parents du défendeur qui, eux, ne sont pas présents et leur fils ne les représente pas légalement. Au contraire, si le plaideur réclame de son frère sa part d'héritage ou une pension alimentaire, le prétendu frère doit répondre à ses réclamations, et il représente légalement ses parents dans la question de filiation. Cela revient à dire que la réclamation d'un droit fondé sur la fraternité investit le frère défendeur de la qualité du représentant légal de ses parents dans la question de filiation (35). Contrairement à la position de l'école hanéfite, l'école chafiite veut que la présence du défendeur n'est pas une condition de l'action. Ce qui importe, selon l'Imam *Chafii,* c'est plutôt le fond de la prétention. Il ne faut pas déclarer l'irrecevabilité de l'action pour la seule raison de l'absence du défendeur. Si le demandeur arrive à prouver le bien-fondé de sa prétention, cette preuve aura une autorité qui restera toujours la même et peu importe la présence ou l'absence du défendeur (36).

38. — 7° L'interdiction de la représentation en justice, hormis le cas de consentement du défendeur et le cas de l'existence d'un motif pour la représentation. Par motif il faut entendre le fait pour le plaideur d'être obligé, pour une cause ou pour une autre, de se faire représenter par un mandataire dans le procès. C'est l'opinion de l'Imam *Abou Hanifa.* Les deux disciples de celui-ci, l'Imam *Abou Youssef* et l'Imam *Mohamed,* ont une opinion discordante. Selon ces deux grands savants, la représentation *ad litem* ne doit pas empêcher la recevabilité de l'action, même si le défendeur ne l'accepte pas et même si cette représentation n'est fondée sur aucun motif. Le fondement de l'avis d'*Abou Hanifa* est que les droits de défense seront mieux garantis si le plaideur apparaît en personne devant le juge. Pour *Mohamed* et *Abou Youssef,* ce qui importe, c'est la validité du mandat. Si le mandat est valable, il n'y aura aucune raison pour frapper l'action par la sanction d'inaudibilité.

39. — 8° La détermination de la personne du défendeur. Par exemple, si le demandeur plaide « je dois une somme d'argent (et il fixe le montant) à un habitant de ce village », son action est inaudible, parce qu'on ne peut pas engager un procès contre une personne inconnue. Il s'agit, dans ce cas, d'une condition de forme (37).

40. — 9° Le laps de temps. La règle en droit musulman est que l'exercice de l'action n'est pas enfermé dans un certain délai. Les autorités classiques que nous avons citées ne parlent pas de la prescription parmi les défenses à une action. Néanmoins les besoins de la pratique ont nécessité l'introduction de certains tempéraments à ce principe. Ainsi la *Mecelle* a admis la prescription de l'action en revendi-

(35) El-Kassani, T. VI, p. 223 ; El-Ibiani, p. 31.
(36) El-Kassani, T. VI, p. 222.
(37) El-Ghazzi, *Commentaire sur la Mecelle,* Damas, 1921, T. III, article 1617.

cation par le laps de 15 ans (art. 1660). Le droit de propriété étant imprescriptible (38), c'est l'action en revendication qui est éteinte par le laps de temps. Par conséquent, l'exception de prescription ne peut être invoquée si le propriétaire recouvre la possession du bien contesté ou si le défendeur reconnaît la propriété du demandeur. On voit bien que le législateur musulman s'est servi de la technique d'*inaudibilité* (*adam Samaa*) pour aménager l'exercice de l'action en revendication. Tout au plus, cette technique permet de concilier les besoins de la pratique avec le principe de la perpétuité de droit de propriété.

41. — Jusqu'ici, nous n'avons traité que le problème de la présence du défendeur et le problème du mandat pour ce qui concerne le demandeur. Il faut maintenant entreprendre une étude d'ensemble du problème de la qualité de partie en droit musulman, et ce sera l'objet de notre sous-section suivante.

## Sous-Section III

## LA NOTION DE PARTIE EN DROIT MUSULMAN

42. — Les parties sont le demandeur et le défendeur. Le critère de distinction entre le demandeur et le défendeur réside dans le pouvoir de désistement (*tark*). Celui des parties qui peut désister est le demandeur et celui des parties qui ne peut désister est le défendeur (39). Dans un premier paragraphe, nous parlerons de la qualité du demandeur et ensuite, dans un second paragraphe, il sera question de la qualité du défendeur.

### § 1. — La qualité du demandeur.

43. — On fait une distinction principale selon la nature du droit contesté. Est-ce un droit essentiellement des hommes ? Ou est-ce un droit essentiellement de Dieu ?

44. — A. S'il s'agit d'un droit essentiellement des hommes, le demandeur a la qualité de partie dans les trois cas que voici (40) :

1° Quand il est, lui-même, titulaire du droit contesté;

(38) Moussa, *op. cit.*, p. 256 ; cf. les développements intéressants *in* Milliot, *Introduction à l'étude de droit musulman*, Paris, 1953, p. 627 et s. ; Arminjon, Nolde et Wolff, Tr. de dr. comparé, Paris, 1951, T. III, n° 1050, *Trib. Gr. Instance de Bené Suéif*, 4 février 1944, Bull. officiel, année 46, 6, n° 7 : « Le droit reconnu et non contesté peut être réclamé en justice même après l'écoulement d'une très longue période » ; *La Haute Cour Chariiyyah*, 29 janvier 1948, Bull. officiel, année 38, 4, n° 8.

(39) *El-Fatawi El-Hindiyyah*, T. IV, p. 2.

(40) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 24.

2° Quand il est responsable des biens de celui qui est titulaire du droit contesté, comme le tuteur, et

3° quand il est le mandataire du titulaire du droit contesté.

45. — B. Si le droit contesté est un droit essentiellement de Dieu, comme c'est le cas pour l'action en divorce (*daawa el-talak*) et pour l'action d'adultère (*daawa el-Zina*), l'action de n'importe qui sera recevable. Car chaque musulman est tenu et a le droit à ce que les ordres et les défenses de Dieu soient bien suivis par les hommes. C'est là une application intéressante de la notion d'action populaire.

## § 2. — La qualité du défendeur (41).

46. — Il convient de rechercher qui a la qualité pour défendre dans les différentes catégories des actions.

### A. — La partie dans l'action réelle (*daawa el-Ain*).

47. — Le défendeur dans l'action réelle est le possesseur (42).

Les applications de ce principe sont multiples :

1° Une personne a acquis la possession d'une chose qui est la propriété d'une autre. Elle devient la partie dans l'action en revendication (*daawa El-Içtirdade*). Egalement, si le possesseur a vendu et livré la chose et l'acheteur est devenu ainsi le nouveau possesseur, c'est l'acheteur seul qui devient la partie dans l'action en revendication. Mais dans l'action de dommages et intérêts (*daawa el-tadmine*), le vendeur et l'acheteur ont tous les deux la qualité de partie.

2° Une personne réclame une chose qui fait partie d'une succession. Son action sera recevable seulement contre l'héritier en possession de cette chose.

Le possesseur a la qualité du défendeur parce qu'il est considéré comme le titulaire apparent du droit de propriété. Donc, si le possesseur prouve qu'il n'est pas le propriétaire et qu'il n'est, par exemple, qu'un locataire, l'action contre lui sera irrecevable.

### B. — La partie dans l'action de dette (43) (*Daawa el-daine*).

48. — On peut citer deux exemples :

1° Une personne prétend qu'elle est le créancier du *de cujus;* son action sera recevable contre tous les héritiers car, en droit musulman, la règle est que l'héritier succède au *de cujus* dans ses droits.

(41) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 24.
(42) V. article 1635 de la Mecelle.
(43) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 28.

Quant aux obligations du *de cujus*, l'héritier n'en répond que dans la limite des biens de la succession.

2° Le débiteur du débiteur ne peut être considéré comme partie dans l'action intentée par le créancier de ce dernier (44) car, dans ce cas, il n'y a aucun mandat et le débiteur du débiteur n'est pas le débiteur du créancier qui intente l'action. Il y a pourtant un cas excepté : l'action de la femme et des enfants sera recevable pour percevoir la pension alimentaire sur les biens du débiteur du mari ou du père.

### C. — La partie dans l'action résultant d'un acte (45) (*daawa el-Feele*).

49. — Le principe en droit musulman est que la partie dans l'action résultant d'un acte est la personne qui a commis l'acte, car le but de l'action est de vérifier et de prouver l'acte qui engendre la responsabilité.

Par application de ce principe dans l'action d'homicide ou de coups et blessures, la partie défenderesse est respectivement le commettant de l'homicide ou le fauteur des coups et blessures.

### D. — La partie dans l'action résultant d'un contrat (46) (*daawa el-Akd*).

50. — La partie dans l'action résultant d'un contrat est le cocontractant ou son mandataire ou son héritier.

### E. — La partie dans l'action résultant d'une déclaration (*Daawa el-Kawl*) (47).

51. — Si un homme a répudié sa femme et si la femme a voulu prouver la déclaration de répudiation, son mari sera la partie défenderesse dans l'action intentée par elle. Dans la remise de dette, le créancier a la qualité de partie.

### F. — La partie dans l'action en recherche de parenté légitime (filiation, paternité, maternité, fraternité, etc.) (48) (*Daawa el-Nassab*).

52. — Le principe est que si le prétendu père, frère, etc., est vivant, l'action contre lui sera recevable. Si, au contraire, le prétendu père, frère, etc., est mort, donc l'action en recherche de paternité, de fra-

(44) V. article 1640 de la *Mecelle*.
(45) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 29.
(46) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 30.
(47) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 30.
(48) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 31.

ternité, etc., sera irrecevable. En effet, dans ce dernier cas, le défendeur est absent et n'est pas représenté, d'où l'irrecevabilité de l'action (49).

## Sous-Section IV

## LES MOYENS DE DEFENSE

53. — Les auteurs musulmans consacrent des développements importants aux moyens de défense (50). La défense « *daf* » se définit comme « la réponse à l'action du demandeur en vue de la faire rejeter par le juge » (51). La défense apparaît ainsi en droit musulman comme la contrepartie de l'action et elle est quelquefois appelée « l'action du défendeur » (52). On trouve dans les livres du droit musulman un exposé détaillé de quelques moyens de défense, comme par exemple le moyen de défense tiré de la contradiction dans le comportement du demandeur (*tanakod*), le paiement, la transaction, la compensation. A notre connaissance, nous ne croyons pas que les auteurs musulmans font une distinction consciente entre les moyens de défense qui concernent le fond et les moyens de défense tirés du défaut de l'une des conditions de l'action. Mais cette distinction est sous-entendue puisqu'ils ont réussi à élaborer une distinction singulièrement claire entre les conditions de l'action et les conditions de réussite au fond (53).

54. — Il est significatif que les auteurs musulmans n'ont pas connu la classification des moyens de défense en moyens « dilatoires » et moyens « péremptoires ». Ceci peut être expliqué par l'absence du formalisme, tout au moins du formalisme rigoureux, dans la conduite de la procédure en droit musulman. Surtout et avant tout, on n'a pas perçu aucune utilité pratique de rechercher si la réussite de la défense produisait un effet définitif ou seulement un effet temporaire.

55. — Plus encore : les moyens de défense peuvent être invoqués à tout moment (54), il n'y a aucun moyen de défense qui doit être présenté *in limine litis*. En d'autres termes, la procédure musulmane n'a pas établi un ordre dans lequel les différents moyens de défense doivent être présentés sous peine de déchéance. Mais ce libéralisme généreux souffre une exception importante en cas de contradiction « *tanakod* » dans le comportement du défendeur. Par exemple, si le demandeur prétend qu'il a donné une somme d'argent au défendeur

(49) V. *supra*, n° 37.
(50) V. les ouvrages cités, *supra*, n°° 27-28.
(51) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 44.
(52) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 44.
(53) V. *supra*, n° 29.
(54) El-Ibiani, *op. cit.*, pp. 44-48.

pour que celui-ci la donne à un tiers, et si le défendeur excipe qu'il n'a jamais reçu cette somme, il ne sera pas permis après au défendeur d'alléguer et de prouver qu'il a payé ladite somme au tiers (55). La raison en est qu'il y a une contradiction entre la négation de recevoir l'argent et la défense du paiement. Il est facile de voir comment l'exigence d'absence de contradiction impose au défendeur le soin de choisir scrupuleusement entre les différents moyens de défense qu'il juge opportun d'invoquer.

56. — Il reste à préciser le sens de la phrase « en tout moment ». Tous sont d'accord que la défense peut être invoquée avant le jugement (56). Mais sur la question de savoir si on peut avancer une défense après le jugement, l'accord cesse. Selon une théorie, la défense après le jugement est irrecevable « puisqu'une fois l'action tranchée et décidée, il ne faut pas la répéter » (57). Selon une autre théorie, la défense est recevable même après le jugement, à condition que la défense contienne un fait nouveau. Les partisans de cette théorie soutiennent que la recevabilité de la défense qui contient un fait nouveau n'aboutit pas à une simple répétition de l'action. Par exemple : le demandeur prétend que la propriété de la maison dans la possession du défendeur lui appartient puisqu'il est l'héritier du propriétaire ancien de la maison. Le demandeur arrive à prouver son droit et, par conséquent, il obtient un jugement favorable. Le défendeur, débouté par le jugement, est recevable à exciper qu'il a achevé la maison contestée du *de cujus;* et s'il arrive à prouver sa défense, il obtiendra gain de cause (58).

## Sous-Section V

## LA NOTION DE RECEVABILITE D'APRES LES CODES DE TYPE FRANÇAIS

57. — En ce qui concerne la notion de fin de non-recevoir, il est peu utile d'exposer en détail le développement du droit égyptien après 1875. La jurisprudence et la doctrine égyptiennes suivent, tout au moins dans les grandes lignes, la jurisprudence et la doctrine françaises. Notre souci principal est de faire le point des traits caractéristiques du droit égyptien qui sont aptes à lui donner une physionomie propre, différente de celle du droit français.

(55) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 53.
(56) El-Ibiani, *op. cit.*, p. 48.
(57) *Ibid.*
(58) El-Ibiani, *op. cit.*, pp. 48, 185.

### § 1. — Les codes de 1875 et de 1883.

58. — Le code mixte de 1875 et le code national de 1883 ne contenaient aucune disposition concernant les fins de non-recevoir (59). La jurisprudence égyptienne a adopté, en général, les solutions admises en droit français à la fin du XIX[e] siècle. On constate une tendance très nette vers l'assimilation des fins de non-recevoir aux défenses au fond (60). Par conséquent, le juge d'appel auquel est dévolu un jugement d'irrecevabilité, peut décider tous les moyens qui rentrent dans le cadre de l'instance sans qu'il soit besoin de recourir à son pouvoir d'évocation (61). De plus, les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, même en appel (62).

### § 2. — Le code de 1949.

59. — La doctrine égyptienne a adopté la classification tripartite des moyens de défense en défenses au fond, exceptions de procédure et fins de non-recevoir (63). Le législateur de 1949, ayant présentes à l'esprit les controverses en droit français sur le point de savoir à quel moment peuvent être proposées les fins de non-recevoir, a voulu trouver, une fois pour toutes, une solution catégorique pour aplanir la difficulté. Aux termes de l'article 142 du nouveau code, « la fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause, même en appel ». Les exceptions de procédure comme, par exemple, l'exception d'incompétence et l'exception de nullité, doivent être proposées *in limine litis* sous peine de déchéance (art. 132 rédaction de la loi n° 100, 1962).

60. — On voit bien que le législateur égyptien a pris une position nettement opposée à celle du législateur français et, de ce chef, la

(59) Abul-Wafa A., *La théorie des défenses* (en arabe), Alexandrie, 1955, n° 350, p. 527.

(60) Voy. par exemple : Abdel-Fattah El-Sayyed et Desserteaux, *Tr. théor. et pr. de procédure civile et commerciale égyptienne, spécialement devant les tribunaux mixtes*, Dijon, 1926, n° 287, p. 280.

(61) V. les décisions citées par Seif, *op. cit.*, n° 402.

(62) V. les décisions citées par Abul-Wafa, *op. cit.*, n° 351, p. 529.

(63) Fahmy M.H., *La procédure civile et commerciale* (en arabe), Le Caire, 1940, p. 424 ; El-Charkawy A.A., *L'intérêt en tant que condition de l'action* (en arabe, Thèse, Le Caire, 1944, édition de 1947, n° 381, p. 412 ; Abul Wafa, *op. cit.*, p. 11 ; Seif, *op. cit.*, n° 399 ; Mossallem A., *Principes de procédure* (en arabe). Le Caire, 1961, p. 546 ; El-Ashmawy et Abdel-Walab Al-Eshmawy, *Principes de procédure*, Le Caire, T. II, 1958, p. 210 (en arabe) ; Guimei A., *Explication de droit de procédure civile et commerciale*, Le Caire, 1966, p. 413 (en arabe) ; Wali F., *La théorie des nullités en droit de procédure civile* (en arabe), Le Caire, 1958, édition de 1959, Alexandrie, p. 18, préconise une classification bipartite des moyens de défense en défense au fond et exception de procédure.

disposition de l'article 142, si on la compare à celle de l'article 192 du code de procédure civile français, est plus en harmonie avec les décisions de la jurisprudence française.

61. — Mais il faut remarquer que le législateur égyptien n'a apporté une solution que pour une partie seulement des problèmes soulevés par les fins de non-recevoir, à savoir la question du moment auquel on peut utilement invoquer une fin de non-recevoir.

Il résulte des travaux préparatoires (64) que le législateur a délibérément laissé les autres questions concernant les fins de non-recevoir pour être décidées empiriquement par la doctrine et la jurisprudence. Nous espérons que notre étude du droit français servira de base pour trouver des solutions satisfaisantes pour les problèmes qui se posent en droit égyptien. Et rien d'étonnant en ceci, puisque les bases des deux systèmes, égyptien et français, sont les mêmes, malgré le contraste apparent entre les dispositions de l'article 142 du code de procédure civile égyptien et l'article 192 du code de procédure civile français.

*
**

62. — Pour résumer, on peut dire que le droit musulman a connu la distinction entre le fond et la recevabilité, mais il n'a pas inventé une terminologie nuancée pour rendre compte de la diversité des sanctions propres au droit judiciaire. On trouve que les auteurs musulmans emploient les mots *inaudibilité* (*adam samaa*) et *nullité* (*Façade, Butlàn*) comme des synonymes. Quant aux moyens de défense, les auteurs les traitent dans l'ensemble sans se soucier de faire une distinction entre les défenses qui s'attaquent aux formalités procédurales, les défenses qui s'attaquent au droit d'action et les défenses qui s'attaquent aux droits substantiels. Ce manque de classifications subtiles s'explique par le fait que les techniques procédurales ont joué un rôle minime dans l'élaboration et le développement des règles du droit musulman.

## Section II

## LA NOTION D'IRRECEVABILITE EN DROIT ANGLAIS

63. — Nous examinerons le problème de l'irrecevabilité en deux sous-sections successives, la première concernant les relations entre l'action et les droits substantiels et la seconde concernant les moyens de défense qui peuvent être rapprochés des fins de non-recevoir.

(64) V. la note explicative du Code de procédure civile et commerciale.

## Sous-Section I

# LES ACTIONS ET LES DROITS SUBSTANTIELS EN DROIT ANGLAIS

### § 1. — L'importance primordiale de la procédure en droit anglais.

64. — Le droit anglais est le domaine par excellence où apparaît nettement le rôle de la procédure dans la formation et l'élaboration des concepts du droit substantiel.

65. — Il est intéressant de noter que le point de départ en France et en Angleterre était le même. Dans le haut Moyen-Age, le fond juridique commun dans les deux pays était constitué par le droit coutumier germanique; la loi Salique et la loi Ripuaire en France et la loi Anglo-saxonne en Angleterre (65). La procédure dans ces temps reculés du V^e^ au X^e^ siècles était essentiellement formaliste (66). On ne connaît pas de droits substantiels abstraits, mais plutôt des formes et des procédures destinées à suppléer aux besoins d'une société primitive. La base de la voie de droit est soit un acte solennel (jeter la *festuca* selon les rites traditionnels) dans l'action *ex fide facta*, soit la livraison de la chose dans l'action *ex re praestita*, soit un délit qui engendre un trouble dans la vie sociale (par ex. un vol) dans l'action *ex delicto*. Ces formes procédurales ont disparu en France et en Angleterre dès le XI^e^ siècle, mais l'esprit formaliste et procédurier subsista pendant tout le Moyen-Age, et d'une manière plus claire en Angleterre qu'en France.

### § 2. — L'évolution historique de la procédure anglaise.

66. — Nonobstant le fait que l'Angleterre a été conquise en 1066 par des normands complètement francisés qui ont apporté au pays conquis les bénéfices de la civilisation plus avancée du pays dont ils venaient, le droit anglais ne cessait pas de s'éloigner du droit français. Quelle est la raison de cette rupture entre les deux systèmes juridiques ? Une réponse à une question si compliquée n'est pas facile. Mais on peut dire que la France a subi l'influence du droit romain byzan-

(65) James Bar Ames, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge, Mass., 1913, Lect. II, pp. 40-41, Lect. I, p. 34.

(66) E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, T. I, p. 285.

tin (67), c'est-à-dire d'un système juridique qui a franchi une longue étape d'évolution pour atteindre enfin l'idée moderne que le droit substantiel vient d'abord et la sanction procédurale vient ensuite. Mais les choses ne se passèrent pas de la même façon en Angleterre (68).

A. — Le système archaique : la primauté de l'action sur le droit.

67. — Déjà chez *Bracton* (69), on trouve la formule d'inspiration byzantine « *Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum* », c'est-à-dire, il y a autant d'actions que de droits substantiels. *L'action* est désignée par le mot technique de *writ* (brève, bref) et le droit substantiel est désigné par l'expression technique de *cause of action* (70). Le *writ* est aussi appelé « *form of action* ». Donc il faut bien se garder de confondre entre la « *form of action* » qui est l'action et la « *cause of action* » qui est le droit substantiel.

68. — Comme Maitland (71) l'a montré, la formule de Bracton était inexacte, elle ne représentait pas l'état véritable du droit anglais (72). En effet, malgré son caractère libéral au moment de son établissement, le *writ system* devient peu à peu très rigide. Il ne suffit plus de prouver une atteinte subie, mais il faut prouver que l'atteinte est remédiée par une certaine *form of action*. Si le demandeur ne trouve un *writ* applicable à sa situation particulière, il est voué d'avance à l'échec et l'accès des tribunaux royaux lui est interdit. Il est évident qu'une telle rigidité était la source de tant d'injustice. C'est dans le dessein de combler les lacunes des actions de la Common Law que la Cour de la Chancellerie a été établie et c'est ainsi qu'à côté des règles de la Common Law se sont formées les règles de l'Equity (73). De plus, les juges ont reçu le pouvoir par le *Second Statute of Westminster* d'étendre l'application des *writs* existants aux cas semblables qui n'étaient pas prévus (in consimili casu) (74).

(67) Gabriel Lepointe, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1956, p. 354.

(68) Voy. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1961, p. 11, p. 21. L'œuvre législative d'Edouard I^er^ (1272-1307) et l'exclusion des ecclésiastiques des Cours Royales de la Common Law ont freiné, une fois pour toutes, le processus de la romanisation du droit anglais ; Maitland a remarqué que « from the beginning of Edward's reign, English law becomes always more insular, and English lawyers become more and more utterly ignorant of any law but their own ». *Op. cit.*, p. 21.

(69) Folio 413 b. Bracton (cité par Halsbury's Laws of England, Londres, 1952, T. I, p. 2), sous l'influence de l'Italien Azo, a écrit que « actio nihil aliud est quam jus prosequendi in judicio quod alicum debetur » ; Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 4^e^ éd., Londres, 1948, p. 336.

(70) *Halsbury's Law of England*, 3^e^ éd., Londres, 1952, T. I, p. 6.

(71) Maitland, *The forms of Action at Common Law*, 1962, Lect. I, p. 6.

(72) Il est clair que Bracton, quand il écrivait cette proposition, était influencé par le droit savant du Justinien et non par l'état réel du droit anglais au milieu du XIII^e^ siècle.

(73) H.G. Hanbury, *Modern Equity*, 8^e^ éd., Londres, 1962, p. 6.

(74) 13 Ed. 1, c.24 (1285) cité par Maitland, *op. cit.*, Lect., IV, pp. 51-52 ; C.H.S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law*, Londres, 1949, p. 78.

69. — Mais des forces adverses étaient sur le terrain. D'abord les juges de la Common Law et de l'Equity s'étaient montrés conservateurs en maintes occasions. A ceci s'ajoute le fait que le parlement en tant que corps législatif, était jaloux des pouvoirs accordés aux juges dans la formulation et la création des règles de droit. Dans ces limites étroites, le droit anglais a pu pourtant évoluer pour satisfaire les nouveaux besoins de la société (75).

70. — Le résultat principal de cette évolution est que la forme a pris le pas sur le fond et que l'action a pris le pas sur le droit substantiel. Maitland (76) a pertinemment remarqué que ce nouvel état de choses se concilie mal avec la formule de *Bracton* et qu'il serait plus exact de renverser la formule et dire *Tot erunt actiones quot sunt formulae brevium* : il y a autant de droits substantiels que d'actions.

### B. — La réforme — Le système moderne : la primauté du droit sur l'action.

71. — Pour parer aux inconvénients de rigidité procédurale, les juristes anglais ont recouru, faute de mieux, à la technique peu satisfaisante dite *des fictions* : certains actes qui n'étaient jamais accomplis étaient présumés comme ayant été accomplis. Maitland (77) a souligné le particularisme du droit anglais au XVIII[e] siècle en ces mots. « The procedure was full of fictions contrived to get modern results out of medieval premises : writs were supposed to be issued which in fact were never issued, proceedings were supposed to be taken which in fact were never taken. Still, these fictions had to be maintained, otherwise the whole system would have fallen to pieces; anyone who would give a connected rational account of the system was obliged, as Blackstone found himself obliged, to seek his starting point in a very remote age ».

72. — Le XIX[e] siècle était en Angleterre l'âge des réformes. Plusieurs lois ont été mises en vigueur pour atteindre un double but : supprimer les « *forms of action* » et unifier la Common Law et l'Equity. Mais dans quelle mesure le législateur a réussi est difficile à savoir. Laissant de côté la question de l'unification de l'Equity et de la Common Law (en passant il suffit de constater que chacune des deux branches du droit privé anglais a conservé jusqu'à nos jours sa physionomie propre) (78), on constate que les *forms of action* continuent de jouer un rôle prépondérant dans le droit anglais moderne. On continue de parler de *detinue, replevin, trespass, conversion, ejectment, assumpsit,* etc. (79) L'histoire du droit anglais est l'histoire des

(75) Maitland, *op. cit., ibid.*
(76) Maitland, *op. cit., ibid.*
(77) Maitland, *op. cit.*, Lect. I, p. 7.
(78) Hanbury, *op. cit.*, p. 19.
(79) Pour les détails, voy. Fifoot, *History and Sources of the Common Law.*

*forms of action.* On a souvent souligné qu'on ne peut pas comprendre le droit anglais sans avoir étudié les différentes *forms of action.* « Nous avons enterré les *forms of action,* mais elles continuent de nous gouverner de leurs tombes » (80). Tout de même le sens des *forms of action* a radicalement changé, puisqu'il n'est plus question d'un formalisme rigide. Après une longue évolution, le droit anglais a établi la primauté des droits substantiels sur l'action « The attention is freed from the complexity and overlapping systems of precedents and can be directed to the problem of what are the rights between man and man, what is the substantive law » (81).

### § 3. — Comparaison avec le droit romain.

73. — L'évolution du droit d'actions anglais se rapproche sensiblement de l'évolution du droit d'actions romain. Les ressemblances entre les deux systèmes « paraissent d'autant plus curieuses à relever, qu'elles sont certainement tout à fait fortuites » (82). Mais quelles sont ces ressemblances ?

74. — Tout d'abord, on peut constater que dans les deux systèmes, l'inobservation des formes était une cause de perte du droit. M. Glasson a observé que (83) « le formalisme anglais semble même parfois encore plus rigoureux que celui du système formulaire et on se croirait volontiers transporté au milieu des *legis actiones* du vieux droit romain... La moindre erreur dans un *writ* produit parfois des effets au moins aussi rigoureux que ceux résultant en droit romain d'une erreur dans la rédaction de la formule ».

75. — D'autre part, on peut dire que l'Edit prétorien ressemble au *Registrum Brevium.* Mais il semble que le prêteur jouissait dans la création des nouvelles formules d'un pouvoir plus étendu que celui des « *clerks of chancery* » dans la création de *writs in consimili casu* (84).

76. — Enfin, l'abolition du système formulaire n'a pas entraîné la disparition des usages de parler qui naquirent dans ce système; on continuait de parler en langage d'action, mais ceci n'empêche pas que l'abolition des formules constitue un pas décisif vers l'assurance de la primauté des droits substantiels sur les actions. Le même phénomène s'est répété en Droit Anglais à la fin du XIX[e] siècle, d'autant plus que les plaideurs anglais continuent de formuler leurs prétentions selon les rubriques commodes des anciennes « *forms of action* ». Mais

(80) MAITLAND, Lect. I, p. 2.
(81) MAITLAND, Lect. VII, p. 81 ; PLUCKNETT, *A concise history of the Common Law,* pp. 361-362.
(82) E. GLASSON, *Histoire du droit anglais,* T. III, Paris, 1883, p. 361.
(83) E. GLASSON, *op. cit.,* T. III, p. 362.
(84) BUCKLAND et MCNAIR, *Roman Law and Common Law,* 2[e] éd., 1952, p. 409.

c'est déjà un fait en droit anglais que ce qui compte vraiment, c'est le droit substantiel et non plus la forme d'action (85).

### § 4. — La nature du droit des actions anglais.

77. — L'étude de l'histoire des formes des actions et des ressemblances manifestes entre l'évolution du droit des actions romain et du droit des actions anglais nous aide à apprécier si le droit des actions anglais appartient au droit procédural ou au droit substantiel (86).

Dans Halsbury's Laws of England, on trouve la proposition suivante : « Action implies the existence of parties, of an alleged right, of an alleged infringement thereof (either actual or threatened), and of a court having power to enforce such a right » (87). Cette proposition met l'accent sur l'existence d'un droit prétendu et souligne que l'action est un droit à la juridiction. Mais nous verrons que l'existence d'un droit n'est pas toujours une condition pour exercer l'action. La condition concernant l'« alleged infringement of a right » correspond à la condition de contestation en droit français.

78. — Sir John Salmond (88) a souligné que c'est une erreur que d'adopter comme critère de distinguer le droit substantiel et le droit procédural, le même critère de distinguer entre le droit et le remède. Selon lui, le droit et le remède relèvent du droit substantiel. C'est la réalisation procédurale de l'application des remèdes aux droits violés qui relèvent du domaine du droit procédural. De cette façon, Salmond donne au droit procédural un sens très restreint, et il semble qu'il exclut le droit des actions du domaine du droit procédural. Mais, d'autre part, on trouve que le savant auteur affirme que (89) « The law of procedure may be defined as that branch of the law which governs the process of litigation. It is the law of actions ». La majorité des auteurs anglais regardent le droit des actions comme faisant par-

(85) Buckland et McNair, *op. cit.*, pp. 399, 409.

(86) V. sur la notion de juridiction l'étude intéressante de Cooke (R.B.), *Jurisdiction : An Essay in Constitutional, administrative and procedural Law*, Thèse, Cambridge, 1954. Cf. aussi les travaux du Professeur C.J. Hamson qui a mis en évidence les analogies entre l'évolution historique de la juridiction du prêteur romain, et celles de la juridiction de la High of Court of Justice anglaise et de la juridiction du Conseil d'Etat français : Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, traduit de l'anglais par A. Cocâtre-Zilgien, Paris, 1958, spécialement pp. 64-65 ; La communication faite par M. Hamson à l'Académie des sciences morales et politiques, *Le Monde*, 20 mars 1963.

(87) Hals L.E., T. I, p. 2, (3e éd. Londres, 1952).

(88) Salmond, *Jurisprudence*, 11e éd., par Glanville Williams, Londres, 1957, Ch. XXII, pp. 503-504 ; cf. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, 1960, p. 371 ; Hals L.E., T. I, pp. 7-8 ; B. Coote, *Exception Clauses*, Londres, 1964, pp. 3-4.

(89) Salmond, *op. cit.*, p. 503.

tie de la procédure (90). Maitland a cité la proposition du Maine (91) que « So great is the ascendancy of the Law of Actions in the infancy of Courts of justice, that substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure ».

79. — Cette hésitation à propos de la classification du droit des actions montre bien que les actions constituent à vrai dire une catégorie à part, puisque l'action sert comme un moyen de liaison entre les droits substantiels et les formalités procédurales destinées à les faire valoir. Cette liaison est désignée en droit français par le terme de « recevabilité ».

80. — En somme, le droit anglais connaît, d'une façon particulière et originale, la distinction entre le fond et la recevabilité. Il reste à savoir quelle est l'importance pratique de cette distinction.

## Sous-Section II

## LES MOYENS DE DEFENSE QUI PEUVENT ETRE RAPPROCHES DES FINS DE NON-RECEVOIR

### § 1. — Pleading et trial.

81. — Afin d'éviter toute confusion, il faut commencer par souligner le « particularisme » (92) de la procédure judiciaire anglaise (93) caractérisée par la division de son déroulement en deux phases bien distinctes : la phase de « *pleading* » et la phase de « *trial* » (94).

82. — La procédure commence par « *issuing a writ* » (95) par le demandeur « *plaintiff* » et l'assignation « *service* » de ce « *writ* » au

(90) Maitland, *Forms of Action* ; Buckland et Mc Nair, *Common law and Roman Law*, Ch. XII, p. 399 ; Plucknett, *A concise history of the common law*, pp. 361-362 ; H.W.R. Wade, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 80.

(91) Maitland, *op. cit.*, p. 1.

(92) C.J. Hamson, *Procédure civile en Angleterre et en France*, Rev. int. dr. comparé, 1950, p. 77 ; R. David, *Le droit anglais*, Paris, 1965, Coll. Que sais-je ?, pp. 42-53.

(93) Nous nous bornons dans ces pages à l'examen de la procédure contentieuse devant la « *Queen's Bench Division of the High Court of Justice* » qui sert de modèle pour les procédures suivies devant les « *Chancery Division* » et « *Admiralty, Probate and Divorce Division* » et les « *Country Courts* » ; V. par exemple : *Mc Creagh v. Frearson* [1921] 126 L.T. 601 ; *Williamson v. Rider* [1963] 1 Q.B. 185.

(94) C.J. Hamson, *Le « Trial » anglais*, Rev. inter. dr. comparé, 1956, p. 529 et s., Halsbury's law of England, title Practice and Procedure, T. XXX, 3e éd., Londres 1959, p. 295 et s.

(95) Odgers, *Principles of pleading and practice of civil actions in the High Court of Justice*, 17e éd., Londres 1960, p. 6. Pour des exemples où la validité du

défendeur « *defendant* » (96). Chacune des deux parties constitue un « *solicitor* » qui se chargera de mettre les allégations de son client en état d'être examinées et décidées au « *trial* ». Le demandeur doit faire connaître à son adversaire l'objet de la contestation, les faits qu'il allègue et les moyens de droit qu'il invoque; c'est précisément l'objet de l'« *indorsement of writ* » et le « *statement of claim* » (97). Ensuite, le défendeur comparait en accomplissant la formalité de déposer un « *memorandum* » à l'« *office of the Court* » (98). Le « *Master* » (99) — qui est un haut officier judiciaire et dont la fonction peut être rapprochée de celle du juge chargé de suivre la procédure en droit français — surveillera l'échange des conclusions « *pleading* » entre les parties afin de parvenir à préciser l'« *issue* », c'est-à-dire les points qui doivent être décidés par la Cour (100). C'est dans cette phase préliminaire qui précède le « *trial* » que le cadre du litige est définitivement fixé, quant aux personnes « *the parties* », quant à l'objet et quant aux moyens juridiques. Les « *pleadings* » sont conduites d'une manière à assurer aux parties intéressées le pouvoir de répondre aux allégations de l'adversaire et empêcher les « surprises » (101). Les règles techniques de « *pleading* » ont pour but de réaliser un juste équilibre entre les droits des parties.

83. — Déjà, à la clôture des « *pleadings* », les faits qui ont donné lieu au litige sont précisés. Dans cette première phase du « *pleading* », le défendeur avance ses moyens de défense contre la prétention du demandeur (102). Au « *trial* », les faits seront appréciés et vérifiés selon les règles du droit des preuves « *evidence* » et les arguments et moyens juridiques seront développés. Le « *Master* » et les « *solicitors* » cèdent la place aux juges et aux avocats « *barristers* » (103)

84. — Quant au « régime procédural » des moyens de défense et le moment auquel ils peuvent être invoqués, le droit anglais ne pose pas de règles rigides. Chaque plaideur peut soulever les objections de forme et de fond au moment le plus convenable pour lui sans courir le risque de déchéance. Seulement le plaideur peut être déchu de son droit d'invoquer le moyen s'il résulte de sa conduite

*writ* était en cause, voy. : *Macfoy v. United Africa, Co. Ltd.* [1962] A.C. 152 ; *Brady v. Barrow Steel Works, Ltd.* [1965] 2 W.L.R. 244, 246, per Payne, J.

(96) Odgers, *Pleading and practice*, p. 8.

(97) Odgers, *op. cit.*, p. 41, Halsbury's Law of England, T. XXX, title Pleading, p. 21 ; *Wells v. Weeks*, [1965] I. W.L.R. 45, 46, per Lawton J. ; *Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock*, [1965] 2 W.L.R. 67, 70, per Pennycuick J.

(98) Odgers, *Pleading and practice*, p. 52.

(99) Odgers, *Pleading and practice*, pp. 3-4.

(100) Odgers, *Pleading and practice*, p. 72.

(101) Odgers, *op. cit.*, p. 151 : « The modern tendency in pleading is to avoid taking an opponent by surprise. »

(102) Odgers, *op. cit.*, p. 127 et s. ; p. 153 et s.

(103) Odgers, *op. cit.*, p. 307.

qu'il a entendu renoncer à l'invoquer (*waiver*) (104). Il n'y a pas en droit anglais, comme en droit français, un ordre préétabli dans lequel les différents moyens de défense doivent être présentés. Par conséquent, la distinction entre les moyens de défense qui concernent la forme et la procédure, et les moyens de défense qui se rapportent au fond du droit n'a pas en droit anglais l'importance pratique qu'elle présente en droit français.

### § 2. — Les moyens de défense qui concernent les faits et les moyens de défense qui concernent le droit.

85. — Tous les moyens de défense se ramènent à l'une des trois catégories suivantes :

86. — 1) « *Traverse* » (105) : Le « *traverse* » est la négation absolue des faits allégués par l'adversaire; par exemple, le demandeur allègue que le défendeur, après avoir consenti à lui vendre un certain objet, refuse d'exécuter la vente. On dit que la défense du défendeur est une « *traverse* » quand il objecte qu'il n'y a jamais eu de vente entre lui et le demandeur.

87. — 2) « *Confession et Avoidance* » (106) : Le défendeur accepte comme vrais les faits allégués par le demandeur, mais en même temps il allègue d'autres faits qui réduisent ou suppriment les conséquences juridiques des faits invoqués par son adversaire. Si on reprend l'exemple déjà cité, le défendeur admet qu'il a consenti à vendre l'objet au demandeur, mais que, d'autre part, il allègue que le demandeur a consenti à résilier le contrat.

88. — 3) « *An objection in point of Law* » (107) : Par cette défense, le défendeur soulève une question de droit. Autrefois, cette objection était appelée « *demurrer* » parce qu'elle avait pour effet de surseoir (ancien français démorrer) la marche de la procédure et renvoyer la question de droit immédiatement devant la Cour pour qu'elle soit décidée préliminairement. L'avantage de ce système était de disposer de l'affaire tout de suite et épargner aux plaideurs les dépenses de « *trial* ». De ce point de vue les « *demurrers* » correspondent au mécanisme des fins de non-recevoir en ce qu'elles empêchent de procéder à la vérification des faits qui, même s'ils sont vérifiés et prouvés, ne donneront aucune satisfaction juridique à la partie qui les invoque.

(104) Par exemple, pour l'exception d'incompétence, v. ODGERS, *Pleading and Practice*, p. 130, pour le *traverse*, ODGERS, *op. cit.*, p. 135.

(105) ODGERS, *op. cit.*, p. 133 et s. ; Hals L. England, T. XXX, p. 13.

(106) ODGERS, *op. cit.*, p. 45 et s. ; Hals, L. England, T. XXX, p. 15.

(107) ODGERS, *op. cit.*, p. 149 et s. ; Hals L. England, T. XXX, p. 17 ; PLUCKNETT, *A concise history of English Law*, pp. 389-390.

### § 3. — Dilatory pleas et peremptory pleas.

89. — On trouve en droit anglais, comme en droit français, une distinction entre les exceptions dilatoires (*dilatory pleas*) et les exceptions péremptoires (*peremptory pleas*). Cette distinction pourtant n'a pas aujourd'hui l'importance qu'elle avait auparavant (108).

90. — Les « *dilatory pleas* » sont les exceptions qui portent sur une formalité de procédure sans attaquer le fond, comme par exemple :

1. — « *A plea to the jurisdiction* » (109) : C'est le moyen de contester la juridiction de la Cour.
2. — « *A plea in abatement* » (110) : C'est le moyen d'attaquer le « *statement of claim* » parce qu'il n'est pas réalisé dans la forme propre : par exemple, si le « *statement of claim* » ne met en cause les personnes qui doivent y figurer ou si le nom de l'une des parties n'y est pas correctement mentionné (*misnomer*). Maintenant le « *plea of abatement* » n'est plus recevable. « *No plea or defense shall be pleaded in abatement* » (Order XXI, rule 20). La partie peut simplement mettre en cause les personnes appropriées et corriger le nom des personnes qui y sont déjà parties.

91. — Les « *peremptory pleas* » ou « *pleas in bar* » (111) sont les moyens de défense qui attaquent le fond ou le « *right of action* » et entraînent, s'ils sont bien-fondés, un échec définitif de la prétention de l'adversaire. Tels sont, par exemple, les « *traverses* », « *confession and avoidance* » et « *objections in point of law* ». Au sein de cette catégorie, on peut opérer une sous-distinction entre les moyens qui attaquent l'action « *the right of action* » et les moyens qui concernent le fond proprement dit « *the cause of action* » ou « *the substantive right* ». Ici on est dans un domaine très voisin de la distinction, en droit français, entre les « *fins de non-recevoir* » et les « *défenses au fond* ». Nous avons déjà examiné quelques moyens de défense qui se rapprochent des défenses au fond (les *traverses*, *confession and avoidance*). A ceux-ci on peut ajouter le paiement (*payment*) (112) et la compensation (*set-off*) (113). Maintenant, il faut étudier les moyens de défense qui peuvent être considérés comme des véritables fins de non-recevoir.

(108) Odgers, *op. cit.*, p. 130.
(109) Odgers, *op. cit.*, p. 130.
(110) Odgers, *op. cit.*, p. 131 ; Hals L. England, T. XXX, p. 27.
(111) Odgers, *op. cit.*, p. 131.
(112) Odgers, *op. cit.*, p. 218.
(113) Odgers, *op. cit.*, p. 154 ; Hals L. England, T. XXX, pp. 36-39.

## § 4. — Les moyens de défense qui attaquent le « right of action ».

### A. — Striking out frivolous and vexatious actions.

92. — Si l'action est frivole ou vexatoire, le « *master* » a le pouvoir de « *striking it out* » (113). Il est évident que le « *striking out* » correspond, dans ce cas, à l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt en droit français.

### B. — The limitation of actions.

93. — En certains cas, la prescription éteint l'action et laisse intact le droit substantiel (114). Si le créancier ne peut pas intenter une action pour recouvrer sa créance, il reste toujours vrai que son droit n'est pas éteint et, par conséquent, si le débiteur lui paie après l'écoulement de la période de « *limitation* », il peut garder l'argent (115). De même, le créancier peut exercer le droit de rétention (*lien*) sur les meubles du débiteur, même si la prétention du créancier est « *barred* » par la « *Limitation Act 1939* » (116). La « *Statute of Limitation* » relève du droit procédural et non du droit substantiel (117).

Mais dans d'autres cas, le laps de temps a pour effet d'éteindre le droit substantiel lui-même. Les actions concernant la protection de la propriété et la possession sont éteintes après l'écoulement d'une certaine période (six ou trois ans, selon les cas) et cette extinction entraîne également l'extinction des droits substantiels eux-mêmes (Section 3, Limitation Act, 1939) (118). Donc, si le propriétaire est rentré en possession après l'écoulement de la période de « *limitation* », il sera tenu de restituer le bien au demandeur qui pourra justifier d'un « *meilleur droit à la possession* ».

### C. — The « equitable laches ».

94. — Dans l'exercice de leur juridiction, les Cours de l'« *Equity* » refusent de donner un droit d'action au plaideur qui ne s'est pas montré suffisamment actif dans l'assertion de son « *equitable right* » (119) « *vigilantibus et non dormientibus lex succurrit* », « *delay*

(114) Sir William Anson, *Principles of the English Law of contract*, 21e éd., Oxford, 1959, p. 490 ; « The remedies are barred, though the rights are not extinguished ».

(115) Anson, *op. cit.*, p. 491 ; il en va de même pour la reconnaissance des dettes (*acknowledgment*) ; *Busch v. Stevens* [1963] 1 Q.B. 1, 6, per Lawton J. L'*acknowledgment* ne crée pas un nouveau droit, mais rouvre des droits d'action déjà éteints par le laps de temps.

(116) G.C. Cheshire et C.H.S. Fifoot, *The Law of Contract*, 6e éd., Londres, 1964, p. 542.

(117) Cheshire et Fifoot, *op. cit.*, p. 541 ; Anson, *op. cit.*, p. 491.

(118) Salmond, *The Law of Torts*, 13e éd., par Heuston, Londres, 1961, p. 282.

(119) H.G. Hanbury, *Modern Equity*, 8e éd. Londres, 1962, p. 306. Anson, *op. cit.*, p. 492 ; Cheshire et Fifoot, *op. cit.*, p. 542. *Lindsay Petroleum Co v.*

*defeats equities* ». La doctrine de « *laches* » s'applique même si la prétention n'est pas encore éteinte par le laps de temps selon le « *Limitation Act* » (120). Il n'y a pas un principe rigide qui précise le temps nécessaire pour appliquer la doctrine de « *laches* ». Dans chaque cas d'espèce, le juge apprécie le comportement du plaideur pour savoir s'il a agi de manière raisonnable. Une assertion tardive de droits peut nuire aux intérêts de l'adversaire. Une inaction prolongée et irraisonnable peut donner l'impression au défendeur que le demandeur a renoncé à ses droits. Or, c'est inique de la part du demandeur de contrarier cette inaction en invoquant ses droits vis-à-vis du défendeur. C'est ainsi qu'il a été décidé que le demandeur ne peut pas réclamer l'exécution en nature d'un contrat de vente de charbon si onze mois se sont écoulés depuis le refus du défendeur de continuer de livrer le charbon selon les termes du contrat (121).

### D. — THE « DOCTRINE OF ESTOPPEL » (122).

95. — L' « *estoppel* » est un moyen de défense qui empêche l'examen du bien-fondé de la prétention du demandeur. Il y a trois sortes d'estoppel : l' « *estoppel by record* », l' « *estoppel by deed* » et enfin l' « *estoppel by representation* ». Tous les « *estoppels* » ont ceci de commun qu'ils empêchent la personne contre laquelle ils sont soulevés de plaider et de prouver la vérité (123).

*Hurd* (1874) L.R.P.C. 221, 239 ; *Re Jarvis* [1958] I W.L.R. 815 ; Comparer en droit français l'article 1648 C. civ. d'après lequel l'action fondée sur des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai. Cass. civ. 10 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956.2.128, Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 141, obs. Carbonnier. Il n'y a pas en droit français un principe général comparable à l'idée de *laches*, mais il semble que le droit allemand connaît un principe analogue ; v. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, pp. 786-87.

(120) Sect. 29, *Limitation Act*, 1939. HANBURY, *op. cit.*, p. 306. Pour un exemple : v. *Mace v. R.H. Green & Silley Weir, Ltd.* [1959] 2 Q.B. 14.

(121) *Pollard v. Clayton* (1855) I K. & J. 462 ; v. également *Oscar Chess Ltd v. Williams* [1957] I W.L.R. 370, per Denning L.J. L'acheteur d'une voiture ne peut demander une annulation « *équitable* » de la vente pour erreur sur le modèle s'il résulte des circonstances de l'affaire qu'il n'a pas promptement intenté l'action en annulation.

(122) J.S. EWART, *An Exposition of the Principles of Estoppel by Representation*, Chicago, 1900 ; G.S. BOWER, *The Law Relating to Estoppel by representation*, Londres, 1923 ; EVEREST et STRODE, *The Law of Estoppel*, 3e éd., Londres, 1923 ; DARGENT, *La doctrine de l'estoppel*, Thèse, Grenoble 1943 ; M.A. OMAR, *Estoppel and Ostensible Authority in English and French Law*, Thèse Cambridge, 1964.

(123) Coke on Littleton, F. 252 a ; EWART, *op. cit.*, p. 5, BOWER, *op. cit.*, § 15, p. 10 ; DARGENT, *op. cit.*, pp. 4-5 ; OMAR, *op. cit.*, p. 1 ; plusieurs sont les jugements qui ont appliqué l'*estoppel*, il suffit de citer, à titre d'exemple, les décisions suivantes ; *Evans v. Bicknell* (1801) 6 Ves. 174 ; *Seton v. Lafone* (1887) 19 Q.B.D. 68, 70 ; *Low v. Bouverie* [1891] 3 Ch. 82, 101 ; *Mercantile Bank of India, Ltd. v. Central Bank of India, Ltd.* [1938] A.C. 287 ; *Canadian & Dominion Sugar Co v. Canadian National (West Indies) Steamships Ltd.* [1947] A.C. 46 ; *Robertson v. Minister of Pensions* [1947] 1 K.B. 227 ; *Rama Corp. Ltd. v. Proved Tin. Ltd.* [1952] 2 Q.B. 147 ; *Eastern Distributors v. Goldring* [1957] 2 Q.B. 600 ; *Tappen-*

1. — « *Estoppel by record* » ou « *Estoppel per rem judicatam* » : C'est l'équivalent de la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée en droit français. Ce qui a été décidé judiciairement ne peut être remis ultérieurement en contestation par une personne à l'égard de laquelle la décision judiciaire est opposable (124).

2. — « *Estoppel by deed* » : Une énonciation (*statement, recital*) dans un contrat authentique « *deed* » a la force de vérité et empêche le contractant de la contrarier (125).

3. — « *Estoppel by representation* » : La sphère de l' « *estoppel* » n'est pas limitée aux énonciations contenues dans un « *record* » ou dans un « *deed* ». La théorie de *l'estoppel* a une fonction beaucoup plus étendue (126). La personne (*representor*) qui fait une « *representation* » est « *estopped* » ou empêché de plaider le contraire de cette « *représentation* » à l'égard de la personne (*representee*) qui a agi à son détriment sur la foi de la « *representation* ». La notion de l' « *estoppel* » peut être analysée en trois éléments (127) :

1° La « *representation* » : la « *representation* » peut être une conduite « *conduct* » ou une déclaration « *words* » (128). Peu importe si la « *representation* » est par un acte positif « *action* » (129) ou par une omission « *inaction* » (130). En règle générale, sauf les cas où la responsabilité du « *representor* » est basée sur l'idée du risque (131) la « *representation* » doit constituer un manquement à une obligation de prendre soin « *a duty to take care* » due par le « *representor* » au « *representee* » (132). L'objet de l'obligation de prendre soin est de ne pas induire le « *representee* » en erreur (133).

2° Agir « *act* » du « *representee* » sur la foi de la « *representation* » (134).

*den v. Artus* [1963] 3 W.L.R. 685 : *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties*, Ltd. [1964] 2 W.L.R. 618.

(124) Odgers, *Pleading and practice*, p. 206 ; *Nokes v. Nokes* [1957] P. 213.

(125) Odgers, *op. cit.*, p. 207 ; *Bateman v. Hunt* [1904] 2 K.B. 530.

(126) Bower, *op. cit.*, p. 4.

(127) *Canadian & Dominion Sugar Co Ltd. v. Canadian National Steamships, Ltd* [1947] A.C. 46, 56 per Lord Wright ; *Rama Corpn. Ltd. v. Proved Tin. Ltd.* [1952] 2 Q.B. 147, 149-150, per Slade J.

(128) Bower, *op. cit.*, p. 10.

(129) V. par exemple : *Eastern Distributors v. Goldring* [1957] 2 Q.B. 600.

(130) V. par exemple : *Pickard v. Sears* (1837) 6 A & E. 469.

(131) V. par exemple : *Lickbarrow v. Mason* (1787) 2 T.R. 63.

(132) V. par exemple : *Freeman v. Cooke* (1848) 2 Exch. 654, 663, per Parke, B ; *Rimmer v. Webster* [1902] 2 Ch. 163, 173, per Farwell, J. ; *Fry v. Smellie* [1912] 3 K.B. 282, 292, per Vaugham Williams L.J. ; *Mercantile Bank of India Ltd v. Central Bank of India, Ltd.* [1938] A.C. 287, 304 per Lord Wright ; *Central Newbury Car Auctions, Ltd. v. Unity Finance, Ltd.* [1957] 1 Q.B. 371, 389, per Hodson, L.J.

(133) V. Omar, *op. cit.*, p. 400 et s.

(134) *Swan v. North British Australasian Co Ltd.* (1863) 2 H. & C. 175, 182, per Blackburn J. ; *Arnold v. Cheque Bank* (1876) I.C.P.D. 578 ; *Coventry v. Great Eastern Ry. Co* (1883) 11 Q.B.D. 778 ; *Bell v. Marsh* [1903] 1 Ch. 528 ; *Re Lewis*

3° Le dommage subi par le « *representee* » du fait de son agir sur la foi de la « *representation* » (135).

La théorie de l' « *estoppel by conduct or by representation* » s'applique dans les domaines les plus variés. Evidemment, il est impossible de réduire la théorie de l' « *estoppel* » à une idée unique qui présentera les mêmes caractéristiques dans ses diverses applications. Aussi, contentons-nous ici de n'en donner que quelques exemples :

— Le propriétaire qui voit qu'un étranger est en train de vendre sa propriété à un tiers, et ne proteste pas, et ne réclame pas la chose comme sienne, sera empêché « *estopped* » de faire valoir son droit de propriété vis-à-vis du tiers acheteur. Le silence gardé par le propriétaire a donné à l'acheteur l'impression que le vendeur était bien le véritable propriétaire et sur la foi de cette fausse « *representation* », il a accepté d'acquérir la chose du vendeur (136). De cette manière, la théorie de l' « *estoppel* » assure la protection du tiers acquéreur a *non domino* qui a agi en bonne foi.

— Un contractant est « *estopped* » de contester le titre de son cocontractant. Par exemple, un dépositaire est « *estopped* » d'alléguer que le déposant n'est pas le véritable propriétaire (137). De même, un mandataire n'est pas autorisé à dire que les biens qu'il a accepté de recevoir du mandant ou qu'il a reçu pour le compte du mandant, appartiennent à un tiers (138).

— Le transporteur maritime qui a émis un connaissement contenant l'énonciation que la marchandise a été reçue en bon état est « *estopped* », vis-à-vis du porteur de bonne foi du connaissement, d'alléguer que la marchandise a été reçue en mauvais état. Le porteur de bonne foi a acquis la marchandise sur la foi que les énonciations du connaissement sont vraies (139).

On voit, dans tous ces exemples, que l'effet de l'« *estoppel* » est d'empêcher un plaideur d'alléguer et de prouver la vérité (140). Donc, on peut dire que l' « *estoppel* » donne effet à ce qui est apparent en supprimant la vérité même (141). L' « *estoppel* » apparaît ainsi com-

[1904] 2 Ch. 656 ; *Macfisheries, Ltd. v. Harrison* [1924] 93 L.J.K.B. 811 ; Omar, *op. cit.*, p. 356 et s.

(135) *Pickard v. Sears* (1837) 6 Ad. & El. 469 ; *Freeman v. Cooke* (1848) 2 Exch. 654 ; *Cornish v. Abington* (1859) 4 H. & N. 549 ; *Farquharson Bros. & Co. v. King & Co.*, [1902] A.C. 325 ; *Bell v. Marsh* [1903] 1 Ch. 528 ; *Macfisheries, Ltd. v. Harrison* [1924] 93 L.J.K.B. 811 ; *Wilson & Meeson v. Pickering* [946] K.B. 422, 429, per Greene, M.R. ; Omar, *op. cit.*, p. 351 et s.

(136) *Pickard v. Sears* (1837) 6 A. & E. 469 ; *Gregg v. Wells* (1839) 10 Ad. & El. 90 ; *Nana Ofori Atta v. Nana Abu. Bonsra* [1958] A.C. 95.

(137) *Biddle v. Bond* (1865) 6 B. & S. 225 ; *Henderson & Co. v. Williams* [1895] 1 Q.B. 521.

(138) *Dixon v. Hammond* (1819) 2 B. & Ald. 310 ; *Zulueta v. Vinent* (1852) 1 De G.M. & C. 315 ; *Blaustein v. Malz* [1937] 2 K.B. 142.

(139) *Canadian & Dominion Sugar Co. Ltd v. Canadian National (West Indies) Steamships Ltd.* [1947] A.C. 46.

(140) *Howard v. Hudson* (1853) 2 E. & B. 1, 10.

(141) Dargent, *op. cit.*, p. 4 ; Omar, *op. cit.*, p. 1.

me un moyen de défense (142) de la plus haute importance qui joue un rôle décisif dans la vie des rapports juridiques les plus divers. Mais il est extrêmement difficile de classifier l' « *estoppel* » comme un moyen de procédure et de preuve ou comme un moyen de fond (143). Tout d'abord, il n'y a aucune difficulté pour qualifier l' « *estoppel per rem judicatam* » comme une fin de non-recevoir; c'est d'ailleurs la qualification qu'on donne volontiers au moyen tiré de la chose jugée en droit français (144). Mais des difficultés énormes se posent dès qu'on essaie de donner une qualification exacte à l' « *estoppel by representation* ». Puisque cette catégorie de l' « *estoppel* » exclut la preuve de certains faits, on est tenté facilement d'y voir une règle de preuve (145). Ce n'est pourtant pas l'opinion dominante. La majorité des juristes anglais s'accordent aujourd'hui à considérer l' « *estoppel* » comme une règle du droit substantiel (146). Il est évident qu'il n'y a pas dans le droit français une notion analogue à l' « *estoppel* » (147). Les juristes de langue française voient dans

(142) *Combe v. Combe* [1951] 2 K.B. 215, 224, per Birkett, L.J. ; *Bower, op. cit.*, p. 11 ; Odgers, *op. cit.*, p. 206.

(143) Cross, *Evidence*, 2e éd., Londres 1963, p. 273 ; Omar, *op. cit.*, p. 426 et s.

(144) V. *infra*, n° 403.

(145) *Low v. Bouverie*, 1891, 3 Ch. 82, 105, Dargent, *op. cit.*, p. 5.

(146) *Mercantile Bank of India, Ltd, v. Central Bank of India, Ltd.* [1938] A.C. 287, 297, per Lord Wright ; *Canadian & Dominion Sugar Co. Ltd.* [1947] A.C. 46, 56 per Lord Wright ; Wigmore, *On Evidence*, 3e éd., Boston, 1940, T. IV, n° 1057, pp. 17-18 ; L.H. Hoffmann, *South African Law of Evidence*, Durban, 1963, p. 387 ; *Adde* ; Arminjon, Nolde et Wolff, *Traité de droit comparé*, T. III, Paris 1951, n° 858, p. 198.

(147) R. David, *Les traits fondamentaux du droit anglais*, Cours polycopié, années 1953-1954, pp. 99-100. Cependant, on peut rapprocher, en droit français, de l'idée de l' « *estoppel* », l'article 26 du Code de Procédure civile d'après lequel « le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire » et l'article 192 concernant l'ordre de présentation des exceptions. Si on parle le langage de l' « *estoppel* » on peut dire que le plaideur qui a agi au pétitoire est « *estopped* » de contester la possession du défendeur ; que le défendeur qui a conclu au fond est « *estopped* » de décliner la compétence du tribunal. Il est clair que le fait d'agir au pétitoire est incompatible avec la contestation de la possession ; et le fait d'avoir conclu au fond est incompatible avec la contestation de la possession ; et le fait d'avoir conclu au fond est incompatible avec la contestation de la juridiction. On peut trouver un autre exemple de l'application de l'idée de contradiction en matière des courtes prescriptions des articles 2271-2273, C. civ. basées sur une présomption de paiement. Si le défendeur allègue une compensation, et s'il est ensuite reconnu que son créancier ne lui devait rien, il se trouve avoir avoué lui-même sa dette, et par conséquent il ne peut pas bénéficier de la courte prescription. V. Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, T. II, n° 2084, p. 733. Il en est de même, s'il a commencé par déclarer qu'il ne devait rien, *ibidem*. Les défenses de compensation et de l'inexistence *ab initio* de la dette sont incompatibles avec la défense ultérieure du paiement. Rapprochez ce qui a été dit *supra*, n° 35, sur la contradiction « *tanakod* » dans le comportement du plaideur comme une cause d'irrecevabilité. V. Req. 15 février 1858, D. 58.1.196 ; Req. 3 janvier 1870, D. 72.1.22 ; Paris, 28 novembre 1889, S. 91.2.07 ; Douai, 4 décembre 1902, S. 1903.2.68 ; Cass. civ. 1er décembre 1943, D.A. 1944.37 ; Cass. soc., 16 juin 1945 ; D. 1945.338 ; Obs. Carbonnier, Rev. trim. dr. civ. 1952.171, notamment au § 175.

l' « *estoppel* » une fin de non-recevoir (148). Mais nous croyons que s'il est vrai que l' « *estoppel* » apparaît dans certains cas comme un empêchement à l'examen du fond proprement dit et, par cela même, s'apparente aux règles de procédure (149), il reste néanmoins vrai que dans certains autres il modifie les droits substantiels (150) et s'apparente aux défenses au fond.

### E. — L'intérêt et la qualité.

96. — Il est intéressant d'examiner ce qui peut être considéré comme l'équivalent anglais des concepts français d'intérêt et de qualité en tant que conditions de recevabilité de l'action. Les mêmes problèmes se posent dans les deux systèmes et on trouve le même esprit empirique dans le choix des solutions.

#### 1. — *L'intérêt* (interest)

On peut dire qu'en règle générale, le demandeur doit justifier d'un intérêt sérieux (151). Si le demandeur cherche par son action à réaliser un intérêt frivole ou insignifiant, il sera débouté, même s'il a un droit substantiel. De même, la violation d'un droit « *infringement of right* » semble être une condition pour exercer l'action. Si le droit est contesté effectivement, ou s'il y a une menace sérieuse d'un « *infringement of right* », le titulaire du droit peut demander une « *declaration of right* ». Dans ce cas, le juge peut se borner à « déclarer » le droit sans accorder au demandeur une injonction ou autre remède (152). En droit anglais, il y a une interrelation entre le dommage subi et l'avantage qu'on demande d'obtenir. Faire cesser le dommage ou obtenir des dommages-intérêts pour le dommage déjà subi, est en soi un avantage. En certains cas, le moindre dommage ou même la simple réunion des éléments qui constituent la « *cause of action* » fait naître le « *right of action* »; c'est la catégorie des « *wrongs actionnable per se* » (153). En d'autres cas, l'existence de l'action suppose que le demandeur justifie d'un « *actual or special damage* » (154).

(148) Dargent, *op. cit.*, p. 107 ; Guggenheim, *Traité de droit international public*, T. II, pp. 158-159.

(149) David, *op. cit.*, p. 99 ; Arminjon, Nolde et Wolff, *Traité de droit comparé*, T. III, Paris 1951, p. 198 ; Omar, *op. cit.*, p. 426 et s.

(150) Cf. *supra*, p. 34.

(151) « *De minimis non curat judex* », v. par exemple : *Taverner v. Cromwell* (1594) Cro. Eliz. 353 ; *Smith v. Target* (1795) 2 Anst. 529 ; *Brace v. Taylor* (1741) 2 Atk. 253.

(152) *Llandudno Urban District Council v. Woods*, [1899] 2 Ch. 705 ; *Dysart (Earl) v. Hammerton* [1914] 1 Ch. 822, [1916] A.C. 57 ; Zamir, *Declatory Judgment*, Londres 1962 ; *adde* : Maynard, *Le jugement déclaratoire*, Thèse, Lyon 1922 ; Gignoux, *Les actions préventives*, Paris 1935 ; *Infra*, n°s 220 et s.

(153) Par exemple : les « *torts* » de « *trespass to goods or to chattels* », « *libel* » ; v. Salmond, *Torts*, p. 17.

(154) Par exemple : Les « *torts* » de « *Slander* » et « *negligence* » ; v. Salmond, *Torts*, p. 17.

### 2. — *La qualité* (locus standi).

Il y a en droit anglais une distinction importante entre le « *private right* » et le « *public right* ». S'il s'agit d'un « *private right* », c'est-à-dire d'un intérêt privé d'un particulier, c'est la personne intéressé qui est qualifiée pour agir en vue de la protection de l' « *intérêt privé* » en cause (155). S'il s'agit d'un « *public right* », c'est-à-dire d'un intérêt public de la communauté, c'est l'*Attorney General* qui, en principe, est le seul qualifié pour agir (156). Les particuliers ont le droit d'agir seulement au cas où l' « *infringement of a public right* » affecte leurs intérêts privés (157).

En principe, c'est le titulaire du droit substantiel qui est qualifié pour agir. Ainsi, c'est le propriétaire qui a qualité pour intenter les différentes actions qui protègent le droit de propriété (158), et c'est le contractant qui a qualité pour intenter les actions contractuelles (159). Mais quelquefois l'action est donnée à une personne qui n'est pas le titulaire du droit substantiel. L'exemple du « *bailment* » est significatif à cet égard. Le « *bailment* » est un contrat par lequel le propriétaire « *bailor* » cède la possession du meuble à une autre personne « *bailee* » à titre de prêt, dépôt, gage, etc. L'essentiel du « *bailment* » est qu'il transfère la possession seulement sans transférer la propriété (160). Or, le « *bailee* », en tant que possesseur, peut intenter les actions qui protègent le droit de propriété, c'est-à-dire les actions de *trespass, detinue, replevin* et *conversion* (161). Le « *bailor* », en tant que propriétaire, peut, lui aussi, intenter ces actions, mais à condition qu'il justifie d'un « *immediate right to possession* » (162). Par conséquent, si le « *bailment* » est pour une durée déterminée (*for term*) et si le « *bailor* » n'a pas le droit de terminer le « *bailment* » par sa volonté unilatérale (*the bailment is not terminable at will*), c'est le « *bailee* », et lui seul, qui peut intenter les actions de « *trespass* », « *detinue* », etc. (163). Dans ce cas, on voit bien que le « *bailor* », qui est le titulaire du droit de propriété, ne peut pas intenter l'action, tandis que le « *bailee* », qui n'est pas le titulaire du droit de propriété, peut l'intenter.

(155) *Halsbury's Laws of England,* 3e éd. Londres, 1952, T. I, p. 8.
(156) *Halsbury's Laws of England,* 3e éd. Londres, 1952, T. I, p. 9.
(157) *Hals. L.E.,* T. I, p. 9 ; v. *Wyld v. Silver* [1963] 1 Q.B. 169.
(158) Odgers, *Pleading and Practice,* p. 19.
(159) Odgers, *op. cit.,* p. 15.
(160) J. Crossley Vaines, *Personal Property,* 3e éd., Londres, 1962, p. 72.
(161) Vaines, *op. cit.,* p. 75 ; par exemple : *Roberts v. Wyatt* (1810) 2 Taunt. 2.65 ; *Burton v. Hughes* (1824) 2 Bing. 173.
(162) Voy. par exemple : *Cooper v. Willomatt* (1845) 1 C.B. 672 ; *Manders v. Williams* (1849) 4 Exch. 339 ; *Chinery v. Viall* (1860) 5 H. & N. 288 ; *Moorgate Mercantile Co., Ltd. v. Finch and Road* [1961] 1 Q.B. 701.
(163) *Ward v. Macaulay* (1791) 4 T.R. 489 ; *Gordon v. Harper* (1796) 7 T.R. 9 ; *Donald v. Suckling* (1866) L.R.I.Q.B. 585 ; *Halliday v. Holgate* (1868) L.R. 3 Exch. 299 ; *Lord. v. Price* (1874) L.R. 9 Exch. 54.

Pour conclure, on peut dire que la détermination des personnes qualifiées pour agir est dans la plupart des cas fonction de l'évolution historique des « *formes d'action* ». C'est d'ailleurs la conséquence logique du fait que les droits substantiels ont été créés par l'évolution progressive des « *formes d'action* ». Aux yeux d'un juriste français, c'est là une illustration fort intéressante des rapports étroits entre la qualité et le fond proprement dit.

*
**

97. — Pour résumer, on peut dire que le droit anglais connaît la distinction entre le fond et la recevabilité. Ce qui est vraiment intéressant en droit anglais, c'est son évolution historique analogue au droit romain. Les formes d'action ont été abolies et la primauté des droits substantiels assurés. Il n'y a pas un terme anglais exactement équivalent au terme de recevabilité, mais on peut dire que le problème de recevabilité se pose aussi en droit anglais quand on procède à la détermination des conditions de l'action. Quant aux moyens de défense, il n'y a pas un moyen de défense analogue à la fin de non-recevoir. Certains auteurs français ont pensé que l'*estoppel* est une fin de non-recevoir; mais ce n'est qu'un trompe-l'œil. Certaines applications seulement d'estoppel peuvent être assimilées à une véritable fin de non-recevoir, comme par exemple l'*estoppel per rem judicatam*. Mais la plupart des *estoppels* sont de véritables défenses au fond. Le droit anglais nous offre de la sorte un exemple d'une législation qui consacre une classification dualiste des moyens de défense en exceptions de procédure et défenses au fond.

## Conclusion du chapitre premier

98. — Le droit musulman et le droit anglais connaissent le principe de la distinction entre les règles de procédure et les règles de fond. Mais le rôle de la procédure dans les deux systèmes n'est pas le même. La procédure a joué en droit musulman un rôle minime dans la formation et l'élaboration des règles de fond. Ceci s'explique par le caractère divin du droit musulman dont les règles et les principes sont dégagés principalement du Coran et de la tradition du prophète (164). Contrairement au droit musulman, la procédure en droit anglais a joué un rôle primordial. Les juristes anglais ont dû se tenir aux formalités procédurales comme un moyen convenable pour faire développer leur droit. Cette différence de base explique la manière dans laquelle le problème de recevabilité s'est posé en chaque système. Les juristes musulmans, tout en reconnaissant l'existence des droits substantiels en dehors de la procédure, ont été amenés par une tendance naturelle de l'esprit à distinguer entre le droit substantiel et l'action. Mais quand ils parlent des conditions de l'action, ils confondent les conditions de forme et les conditions de fond. Les juristes anglais ont reconnu l'existence des droits substantiels seulement à traver l'évolution des *formes d'actions*. Mais la technique des formes d'actions a donné une assise plus solide à l'autonomie du droit d'action. Même après l'abolition des formes d'actions, cette autonomie n'est pas comprise. Chaque action a ses conditions de recevabilité. Mais quand ils parlent des conditions de l'action, les juristes anglais, eux aussi, confondent les conditions de forme et les conditions de fond. Les juristes musulmans et les juristes anglais n'ont pas franchi un pas de plus en avant pour reconnaître une autonomie conceptuelle à ces conditions de l'action qui ne sont ni des conditions de fond, ni des conditions de forme. Cet état de choses se traduit sur le plan des moyens de défense par l'absence d'une classification scientifique. On ne trouve pas en droit musulman ou en droit anglais des termes équivalents au terme français de fin de non-recevoir.

(164) Cf. Mohanna, *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam*, Thèse, Paris 1929, pp. 230, 233, 354.

## CHAPITRE II

# *L'EVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION D'IRRECEVABILITE*

99. — Il est superflu d'insister sur les intérêts de la recherche historique. Non seulement l'histoire explique le passé, mais aussi elle éclaire le présent et laisse prévoir des nouvelles lignes d'évolution dans l'avenir. L'étude des différents systèmes étrangers a montré que la distinction entre le fond et la recevabilité est en soi une distinction logique et rationnelle. Mais il ne faut pas se laisser tromper par une simplicité exagérée. Car dans les systèmes du droit musulman et du droit anglais déjà étudiés, il était essentiellement question de distinguer entre les règles de procédure et les règles de fond. En droit français, il en est autrement. Outre la distinction *in grosso* entre la procédure et le fond, les praticiens et les théoriciens français ont eu le soin d'y introduire des fines nuances. Ils ont inventé le terme *original* de « *fin de non-recevoir* » et, peu à peu, s'est élaborée au cours des âges une notion autonome de « *recevabilité* ». Or, il importe d'étudier, étape par étape, l'évolution historique qui a abouti à ce résultat. L'approche historique est d'autant plus intéressante qu'elle est parfaitement capable de rendre compte de l'originalité du système français et de mettre en relief l'avantage — tant théorique que pratique — de faire des fins de non-recevoir une notion unitaire et autonome.

*Section I* : La notion d'irrecevabilité en droit romain.

*Section II* : La notion d'irrecevabilité en droit coutumier germanique (V^e^-XI^e^ siècles).

*Section III* : La notion d'irrecevabilité en droit féodal (XII-XVI^e^ siècles).

*Section IV* : La notion des fins de non-recevoir aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles.

*Section V :* La notion des fins de non-recevoir au XIX^e^ siècle.

*Section VI :* Le décret-loi du 30 octobre 1935.

*Section VII :* Les théories modernes.

## Section I

## LA NOTION D'IRRECEVABILITE EN DROIT ROMAIN

100. — Le droit romain, il faut le noter, ne connaissait pas le terme de recevabilité qui, comme nous le verrons, était la création des auteurs de l'Ancien Droit. Néanmoins, l'étude du droit romain est particulièrement instructive pour notre propos, puisque en regardant les choses rétrospectivement, on s'aperçoit que la procédure romaine a influencé la procédure française et que l'héritage romain se fait sentir de tout son poids — encore aujourd'hui — dans la question des relations qui se nouent entre les voies de droit et les droits. En étudiant les traits caractéristiques du droit romain, on peut se faire une idée du contexte dans lequel la notion de fin de non-recevoir a pu prendre sa physionomie propre. Le trait saillant de l'évolution du droit romain peut se résumer en trois mots : « *l'assouplissement des formes* ». Ceci est vrai, tant pour l'action, moyen d'attaque, que pour l'exception, moyen de défense (1).

### Sous-Section I

### LE CONCEPT D'ACTION EN DROIT ROMAIN

101. — Le mot « *actio* » a plusieurs significations. Etymologiquement, *actio* (2) dérive du verbe latin « *agere* ». « *Agere* » signifiait « agir » conformément à certaines règles formalistes, par exemple : réciter en théâtre; « accomplir les rites de sacrifice » (3). Dans le

(1) Cf. Collinet, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris, 1947.

(2) M. Pekelis, v° Azione, *in Nsso* D. It., n° 4, a brillamment démontré qu'en droit archaïque, le sens populaire de l'action s'accordait parfaitement avec son sens juridique ; c'était l'acte ou l'ensemble des actes (tuer, enlever, rentrer en possession), dont l'exemple typique est le *manus injectio* qu'accomplissait l'individu lui-même pour se faire justice à soi-même. Mais ce n'est plus cette idée populaire qui prévaut dans les sociétés qui ont atteint un degré avancé de civilisation, et où l'action apparaît comme le droit à faire agir l'Etat ; dans le même sens : Liebman, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milan, 1951, p. 19.

(3) Ernout et Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1951, T. I, p. 27 et s.

même ordre d'idées, les juristes classiques employaient « *actiones* » pour désigner certains actes juridiques oraux comme la *mancipatio* et la *stipulatio*. Cela pourrait nous expliquer pourquoi l'expression *actio* était employée déjà dès l'époque archaïque, pour désigner l'acte, ou plutôt l'ensemble des actes par lesquels une personne affirmait ses prétentions contre une autre personne devant un magistrat. A l'origine, ces actes étaient réduits à la simple reproduction des paroles solennelles accompagnées d'agissements rituels (4). On employait également le mot *actio* dans le sens d'un *moyen de protection* mis à la disposition de la personne (5). Enfin, dans certains cas, *actio* indiquait l'ensemble du procès ou *judicium* (6).

### § 1. — La définition du Cels.

102. — C'est seulement dans le langage des juristes de l'époque républicaine que nous trouvons des formules de style comme « *actionem esse* »; « *actionem habere* »; « *actionem competere* »; « *actione teneri* ». La nature de l'action en tant qu'un pouvoir « *jus* » s'affermit (7). Le grand juriste Cels ne voit dans l'action autre chose que le droit « *jus* » que chacun a de poursuivre par l'intermédiaire du procès ce qui lui est dû « *nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi* ». On a objecté que cette définition attribuée à Cels était interpolée. Mais M. Pugliese (8) rejette cette objection. A son avis, la définition est compatible avec les autres sources classiques. Abstraction faite de la question de son interpolation, il est indéniable que la définition de Cels constituait le point de départ des définitions modernes de l'action, et elle a contribué à la confusion regrettable entre l'action et le droit (9). En tout cas, notre principal souci ici n'est pas de dégager une « définition » romaine de l'action mais plutôt de préciser le rôle historique qu'a joué l'action dans le développement du droit romain. Or, pour préciser ce rôle, il est nécessaire d'étudier l'action dans le cadre de la procédure ordinaire d'abord et puis dans le cadre de la procédure extraordinaire.

(4) Pugliese, v° Azione (Diritto romano) in Nsso. Dig. It., T. II, n° 1.

(5) Pugliese, *op.* et *loc. cit.*

(6) Pupliese, *op.* et *loc. cit.*

(7) Pugliese, *op.* et *loc. cit.*

(8) Pugliese, *op. cit.*, n° 5.

(9) V. *infra*, n° 163. Pothier a repris la définition du Cels : « On appelle action le droit que chacun a de poursuivre en jugement ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû. » Les mots « ce qui lui appartient » qui n'existent pas dans la définition du Cels désignent la réclamation d'un droit de propriété ; Pothier, *Œuvres*, éd. Bugnet, T. I, n° 109.

## § 2. — Vers une notion générale et abstraite de l'action.

### A. — Le système de « legis actiones » (10).

103. — Le droit romain archaïque a connu le système de *legis actiones*, les actions de la loi. Ce système se caractérise par son formalisme exagéré (11). Seules, les demandes qui sont expressément prévues par une formule d'usage peuvent être écoutées par le magistrat. De plus, la formulation de la demande doit se conduire selon des rites et des formalités rigoureuses. Si un propriétaire veut réclamer son esclave à un voleur, il faut qu'il emmène l'esclave litigieux devant le magistrat. Ensuite, il faut que le prétendu propriétaire pose sur la tête de l'esclave une baguette, comme symbole de sa propriété. Enfin, il faut que le réclamant prononce une longue formule dont la proposition essentielle est l'assertion formelle : « je dis que cet esclave est mien, en vertu du droit quiritaire » (12).

### B. — La procédure par formules.

104. — Le droit romain classique a connu le système de la procédure formulaire, qui était, elle aussi, une procédure formaliste, mais moins formaliste que la procédure de *legis actiones* (13). La *formula* était « un petit écrit délivré par le magistrat *in jure* contenant l'indication de la question que le juge doit résoudre ». Par exemple, la formule de l'*actio* (ou *condictio*) *certae creditae pecuniae* qui a remplacé la *legis actio per condictionem* était ainsi libellée : « Juge, s'il paraît que N.N. doit cent à A.A., condamne N.N. à payer cent à A.A.; si non, absous-le. » L'adoption du système formulaire n'a rien changé, le principe fondamental restant toujours le même. Comme l'a bien montré M. Collinet, « l'action s'enferme dans sa forme rigoureuse et technique ». « En effet, les actes fondamentaux qui concourent à préparer la liaison des procès en fixant officiellement les conclusions du demandeur sont formalistes, la *legis actio* comme la formule. Le préteur le plus audacieux comme le pontife le plus conservateur expriment au même titre l'action par des *formules*, par des *verba concepta* qui sont immuables — dans leurs éléments juridiques, non dans leurs éléments de fait, cela est évident — pour le cas donné » (14). Il y avait deux sortes de formules : les formules légales, qui étaient plus ou moins

(10) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, 1924, pp. 1025 et s.

(11) Collinet, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris 1947, p. 112 ; P. Nachbaur, *Etude sur la procédure « in jure » dans les legis actiones*, Thèse, Nancy, 1883, p. 14 ; P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, Paris 1949, p. 14 : « les actions de la loi étaient une émanation du droit sacré, un mode de consultation des Dieux. »

(12) Gaius, IV, 16.

(13) Girard, *Manuel élém. dr. romain*, p. 1052 ; Collinet, *op. cit.*, p. 165.

(14) Collinet, *op. cit.*, p. 165 ; Girard, *Man. élém.*, p. 1074.

la reproduction des anciennes actions de la loi, et les formules prétoriennes, inventées par les magistrats, qui étaient le moyen technique pour créer des nouvelles règles de droit : le fameux *jus honorarium* ou droit prétorien (15).

M. Collinet a fait observer que, malgré son caractère formaliste, l'institution du système formulaire était un pas en avant dans le chemin vers un concept général et abstrait de l'action. « En dépit de la multiplicité des actions possédant chacune sa formule, sa caractéristique et sa nature spéciale, une même procédure, la formule, s'applique à toutes indistinctement et leur confère une nature commune en opposition avec la nature particulière de chacune des *legis actiones* » (16).

### C. — La procédure extraordinaire.

105. — En droit byzantin, le système de la procédure extraordinaire, de la *cognitio extra ordinem*, témoigne d'une atténuation considérable de la rigueur du formalisme par comparaison à la procédure classique. On continue, il est vrai, de parler en langage d'actions et non en langage de droits, mais la création des voies de droit de portée générale, comme, par exemple, l'*action générale* et l'*exceptio doli generalis*, peut être considérée comme une assertion avant la lettre de la suprématie des droits sur les voies de droit. Mais, comme l'a fait remarquer M. Collinet, « si l'œuvre de Justinien marque un progrès indéniable en consacrant la prépondérance des droits sur les voies de droit, il reste tout de même inachevé. Car, du fait que Justinien conserve les voies de droit, même réduites à leur minimum d'utilité, et ne sanctionne les droits qu'à travers elles, il n'atteint pas encore à la conception moderne puisque, par définition, cette conception a pour essence de reconnaître directement les droits » (17).

## Sous-Section II

## LES MOYENS DEFENSIFS

106. — Le droit romain a connu plusieurs moyens de défense. La nature de ses moyens de défense a subi le même sort que les moyens d'attaque; en droit archaïque et en droit classique, ils avaient un caractère formaliste; dans l'œuvre de Justinien, ils avaient un caractère libéral et substantiel.

(15) Cf. L'étude de M. Magdelain, *L'action civile*, Paris 1955.

(16) Collinet, *op. cit.*, p. 113.

(17) Collinet, *op. cit.*, p. 539. Cf. aussi : A.E. Giffard, *Etudes sur la procédure civile du Bas-Empire I. Les procès des privilégiés et la procédure de droit commun à la fin du* V^e^ *siècle*, Rev. historique du droit français et étranger, 1935, p. 239 ; Girard, *Manuel élém. dr. romain*, p. 1131.

### § 1. — La « denegatio actionis ».

107. — « *Denegare actionem* » signifie « nier l'action ». Dans le système des actions de la loi, la *denegatio actionis* était le pouvoir dont le magistrat était investi pour rejeter l'action du demandeur (19). La négation de l'action avait donc pour effet d'empêcher la constitution du procès « *judicium* » (20). La *denegatio actionis* aurait dû avoir lieu lorsque la prétention du demandeur n'était pas conforme à une *legis actio* ou lorsque la demande apparaissait *prima facie* dépourvue de tout fondement (contraire à la morale, non sanctionnée ni par le *jus civile*, ni par le *jus honorarium*) et, enfin, lorsque le demandeur n'avait pas la capacité pour ester personnellement en justice (21).

Sous le régime de la procédure *per formulas*, l'institution de la *denegatio actionis* subsiste, mais son rôle était devenu assez réduit comme conséquence de l'apparition de deux autres moyens de défense : la *praescriptio* et l'*exceptio*.

La *denegatio actionis* apparaît surtout comme un pouvoir du magistrat. « Celui qui peut donner une action peut la refuser » (22). Une partie de la doctrine conteste cette qualification. La *denegatio actionis* ne révèle pas un pouvoir général du magistrat et qui consiste précisément à ne pas consentir à la liaison du *judicium* mais, bien au contraire, elle se rattache au cas où une clause précise dans l'Edit du préteur refuse, d'une manière abstraite et générale, de donner un remède judiciaire, civil ou honoraire (23).

### § 2. — La « praescriptio ».

108. — Dans la procédure formulaire, la *praescriptio* est la partie de la formule qui précède l'*intentio*. La *praescriptio* (du latin *praescribere*) apportait une limite aux prétentions litigieuses, soit pour le compte du défendeur (*praescriptio pro reo*), soit pour le compte du demandeur (*praescriptio pro actore*). L'importance de la *praescriptio pro reo* avait diminué peu à peu jusqu'à ce qu'elle fût remplacée par l'*exceptio*.

(18) Cf. COLACINO, V° *denegatio actionis*, in Nsso. Dg. It., T. V, Adolf BERGER, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 431. CANNATA, V° Eccezione (Diritto romano) in Nsso. Dig. It., T. VI, n° 4.

(19) *Denegare actionem* est le contraire de *dare actionem* ; Le préteur « *dat actonem* » quand il approuve la formule : BERGER, *op. cit.*, p. 224 : « Dare actionem » est synonyme d' « agere permittere » : voy. P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, p. 286.

(20) COLACINO, *op. cit.*

(21) COLACINO, *op. cit.*, p. 453 ; BERGER, *op. cit.*, p. 431 ; v. D. 44, 5.

(22) D. 50, 16, 102, I.

(23) COLACINO, *op. cit.*, p. 453.

(24) PÉTRAU-GAY, *Evolution historique des exceptions et des prescriptions*, Thèse, Lyon 1916 ; GIRARD, *Manuel élém. dr. romain*, p. 1092.

### § 3. — L'« exceptio ».

109. — Mais une partie des romanistes n'approuve pas que la *praescriptio pro reo* était à l'origine de l'*exceptio*. Tandis que la *praescriptio pro reo* s'attache à une question préjudicielle, l'*exceptio*, elle, porte directement sur l'objet même du litige (25). D'autre part, certains auteurs trouvent l'origine de l'*exceptio* dans la *denegatio actionis*, celle-ci étant le seul moyen de défense connu sous le système de *legis actiones* (26).

A part cette division d'opinion, un point en tout cas semble bien être certain : l'*exceptio* n'a fait son apparition que sous le système formulaire. « *Nec omnino ita nunc usus erat illis temporibus exceptionem* », dit le célèbre passage de Gaius (27).

Dans la formule, l'*exceptio* vient après l'*intentio*, c'est-à-dire après les conclusions du demandeur. Donc, le magistrat soumet au juge et les réclamations du demandeur et l'*exceptio*. Celle-ci apparaît, en effet, comme une condition négative de condamner (28). « L'exception est, peut-on dire, une exception à l'ordre de condamner (condemnatio) » (29). Nous trouvons des exemples à Gaius. « Supposons, écrit-il (30), que le défendeur soutienne que le demandeur l'a poursuivi par dol, par exemple, en ce qu'il réclame de l'argent qu'il n'a pas avancé. L'exception sera ainsi rédigée : « Si dans cette affaire rien n'a été fait ni ne doive se faire par l'effet d'un dol d'A.A. », juge, condamne le défendeur à payer. Si le défendeur qui a obtenu l'insertion de l'exception prouve le dol, il sera absous ».

Il est à signaler qu'il ne faut pas confondre l'*exceptio* dans le sens que nous avons précisé avec les moyens de défense dits *ipso jure* qui tendent à nier la demande, en disant par exemple que la dette a déjà été payée (31).

### § 4. — Les exceptions « dilatoria » et les exceptions peremptoria.

110. — La classification des exceptions qui nous intéresse particulièrement est celle qui distingue entre les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires (32).

(25) Cannata, *op. cit.*, n° 4.

(26) Keller, *Römischen Civil Process*, 5e éd., Leipzig 1877, pp. 167 et s., cité par Colacino, *op. cit.*

(27) Gaius, IV, 108.

(28) « L'exception est insérée dans la formule de façon à rendre la condamnation conditionnelle », Gaius, IV, 119.

(29) Giffard, *Précis de droit romain*, n° 231, p. 139.

(30) Gaius, IV, 119.

(31) Giffard, *op. cit.*, n° 231, p. 140.

(32) Gaius, IV, 120 ; Girard, *Manuel élém. dr. romain*, p. 1095.

111. — Les exceptions *dilatoria* doivent être invoquées dans le commencement du procès « *in initio* ». L'*exceptio cognitoria* et l'*exceptio procuratoria* sont des exceptions dilatoires (33). Elles contestent toutes les deux la représentation de partie dans le procès. La personne qui invoque une exception dilatoire après le commencement du litige et insiste sur elle, sera punie d'une amende (34). Un texte intéressant de Gaius (35) nous apprend que le plaideur auquel est opposée une exception dilatoire doit prendre garde à arrêter le procès dans son état vierge. Mais s'il insiste et continue, le défendeur sera absous et à l'abri d'une nouvelle action à laquelle celui-ci pourra opposer l'exception de la chose jugée (36). C'est l'effet consommateur de la *litis contestatio* (36 *bis*).

112. — Les exceptions *peremptoria* peuvent être invoquées en tout état de cause, même en appel. Ces exceptions sont appelées péremptoires parce qu'elles entraînent une solution définitive du litige de manière que le procès ne pourra être intenté de nouveau (37). La majorité des exceptions sont péremptoires, par exemple l'*exceptio doli*, l'*exceptio metus*, l'*exceptio rei judicatae* (38).

*
**

113. — Après le hiatus des périodes mérovingienne et carolingienne, le droit français achèvera l'œuvre de Justinien et la suprématie des voies de droit sur les droits ne fera pas de doute. Mais la confusion subsistera entre le droit et l'action. De plus, les juristes français reprendront la classification romaine des exceptions en dilatoires et péremptoires, ce qui leur permettra de faire ressortir une catégorie nouvelle qu'ils appelleront volontiers « fins de non-recevoir ».

## Section II

## LA NOTION D'IRRECEVABILITE EN DROIT COUTUMIER GERMANIQUE : LE SENS DU FORMALISME ARCHAIQUE

114. — Après la chute de l'Empire d'Occident, il y avait en Gaule, comme ailleurs, un conflit entre le droit romain et les coutumes des conquérants germaniques. Le droit de ceux-ci était essentiellement un

(33) Berger, *op. cit.*, pp. 459-460.
(34) Cannata, *op. cit.*, n° 5.
(35) Gaius, IV, 123.
(36) Cannata, *op. cit.*, n° 3.
(36 *bis*) Cf. *infra*, n° 405.
(37) Cannata, *op. cit.*, n° 5.
(38) Berger, *op. cit.*, p. 461.

droit formaliste où la procédure prenait le pas sur le fond (39). « La commission d'une faute de forme, et surtout l'emploi à tort de l'acte formel retournent l'efficacité de l'acte contre celui qui l'a commis » (40). C'était l'acte formel qui engendrait la force obligatoire (41). H. Lévy-Bruhl considère les formules procédurales comme des moyens irrationnels de preuve (42). Et ceci est vrai tant pour le droit romain primitif que pour le droit germanique archaïque. La formule procédurale était peut-être la première manifestation extérieure du sentiment de la règle (*Regelbewusstein*) chez les peuples primitifs (43). Quoi qu'il en soit, l'important pour nous est de souligner que dans le droit germanique il n'y avait pas des catégories des droits substantiels, mais des procédures et des rites destinés à résoudre des conflits qui s'élevaient dans la société (44). Par exemple, on ne reconnaissait pas un droit de propriété (en tant que droit substantiel comparable au *dominium* du droit romain), mais seulement des procédures afin de réclamer la chose des mains du détenteur. L'action *ex-delicto* (45) était admissible contre le voleur ou l'inventeur de la chose volée ou perdue. L'action ex *fide facta* (46) naissant de la promesse formelle et unilatérale de payer à un jour fixé ne pouvait être intentée que contre le cocontractant. L'action *ex re praestita* (47) naissant du prêt de la chose ne pouvait être intentée que contre l'emprunteur. Le véritable propriétaire n'avait, par conséquent, aucune action contre le sous-acquéreur. Ainsi, le tiers acquéreur était-il protégé, abstraction faite de sa bonne ou mauvaise foi (.48).

115. — Il est évident que dans un système juridique où les formes sont rigoureuses et le nombre d'actions est strictement limité et où la notion des droits substantiels manque totalement, il ne pourrait être question d'une distinction entre les défenses au fond et les défenses tirées des vices de forme. Il s'ensuit de cela qu'il n'y avait pas lieu d'élaborer une théorie des fins non-recevoir. Le moyen de défense le plus efficace à la disposition du défendeur était de démontrer que la

(39) Glasson, *Les sources de la procédure civile française*, Paris 1882, p. 35.

(40) R. Sohm, *La procédure de la lex salica*, Paris 1873, traduit de l'allemand et annoté par Thévenin, p. 3.

(41) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France*, Paris, 1882, T. I, p. 272. Cf. aussi : J. Carbonnier, *Sur le caractère primitif de la règle droit*, Mélanges Roubier, Paris 1961, T. I, p. 109 et s.

(42) Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Etude de sociologie juridique, Paris 1964, p. 102.

(43) Cf. Carbonnier, Mélanges Roubier, T. I, p. 116.

(44) Glasson, *Histoire*, T. I, p. 271.

(45) Sohm, *La proc. de la lex salica*, p. 78.

(46) Sohm, *La proc. de la lex salica*, p. 12.

(47) Sohm, *La proc. de la lex salica*, p. 21.

(48) Jobbé-Duval, *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris 1881, p. 80.

prétention du demandeur ne s'encadrait pas dans une des formes procédurales préétablies (49).

## Section III

## LA NOTION D'IRRECEVABILITE EN DROIT FEODAL

### Sous-Section I

### § 1. — Le sens du formalisme.

116. — L'histoire du droit médiéval français était marquée par un conflit entre le droit romain et le droit germanique (50). Dans la majorité des cas, l'issue du conflit était en faveur du droit romain (51). Le droit romain reçu en France était le droit de Justinien où la notion du droit substantiel jouait un rôle important. Dorénavant le formalisme signifiait les formes de procédure proprement dites. Il n'y avait pas encore en France un système des formes d'actions comparable au système anglais des *writs*. Ainsi, le terrain était préparé en France pour opérer une distinction entre l'action et les droits substantiels. Sans attaquer directement le droit substantiel, le défendeur pouvait attaquer le droit d'action de son adversaire ou avancer une exception qui paralyserait la prétention du demandeur (52). C'est dans cette distinction inconsciente entre le droit d'action et le droit substantiel qu'il faut rechercher l'origine de la notion des fins de non-recevoir (53). L'imprécision qui entoure cette notion en droit français moderne s'explique par le fait que cette notion était la création empirique des juristes français pour faire face aux problèmes qui naîtraient dans un système juridique qui connaît la distinction entre l'action et le droit substantiel.

(49) Cf. Sohm, *La proc. de la lex salica*, p. 25.

(50) Glasson, *Sources*, p. 6.

(51) Le droit canonique a également influencé la procédure féodale, Glasson, *Sources*, p. 7 ; Boitard, *Leçons de Procédure civile*, 15e éd., par Glasson, T. I, Paris 1890, p. 394.

(52) Glasson, *Sources*, p. 47 et s.

(53) M. Beguet a fait remarquer qu'« inconnue du droit romain et de ses premiers commentateurs, la catégorie des fins de non-recevoir est une création des auteurs de l'Ancien Droit, qui se sont appliqués, au cours des siècles, à ordonner et à clarifier les principes qui régissent plus ou moins consciemment la pratique procédurale », R.T.D.C., 1947, n° 3, p. 136.

## Sous-Section II

### § 2. — L'apport du droit canonique.

117. — Déjà en droit canonique on divise les exceptions en dilatoires et péremptoires (54). Les exceptions dilatoires se divisent en deux catégories :

1° les exceptions *dilatoriae judicii,* comme l'exception d'incompétence, dite aussi déclinatoire, l'exception tirée de l'incapacité du juge ou de l'une des parties;

2° les exceptions *dilatoriae solutionis,* comme l'exception tirée de ce que la dette n'est pas encore arrivée à l'échéance.

Les exceptions péremptoires produisent un effet plus radical, elles éteignent définitivement le droit d'action, comme par exemple l'exception de dol et l'exception tirée de la transaction (55).

## Sous-Section III

### § 3. — L'apparition du terme de fin de non-recevoir.

118. — Les praticiens et les coutumiers ont adopté *grosso modo* les classifications du droit canonique (56). Beaumanoir (57) distingue nettement entre les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires. Les exceptions *dilatoriae solutionis* ont été appelées fins de non-recevoir. M. Glasson a relevé un passage intéressant dans les coutumes de l'Anjou et du Maine. « Et est assavoir qu'il est deux manières des exceptions, l'une dilatoire se divise en deux : car l'une est dillatoire de juridiction qui est communément nommée déclinatoire, et a lieu pour excepter de juridiction; et l'autre est dillatoire de solucion est communément nommée par coustume fin de non recepvoir » (58).

119. — Jean Imbert (59) distingue entre les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires. Les dilatoires se divisent en fins de non-procéder et de non-recevoir. Les péremptoires sont nommées fins de non-valoir. « Aucuns distinguent les fins de non-recevoir, et les

(54) Boitard, *op. cit.,* p. 395, citant *Speculum juris* de Guillaume Durand, Lib. II, § I, *De exceptionibus et replicationibus ;* Fernando della Rocca, V° Eccezione (diritto canonico) in Nsso. Dig. Italiano, T. VI, n° 2, pp. 353-354.

(55) Della Rocca, *ibid.*

(56) Glasson, *Histoire,* T. IV, p. 495.

(57) Coutume de Beauvoisis, chap. VII, p. 122, de l'édition Beugnet, cité par Boitard, *op. cit.,* p. 395.

(58) *Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine,* II, p. 423, n° 1123 ; cité par Glasson, *Histoire,* T. III, p. 495.

(59) *La practique judiciaire, civile et criminelle, receue et observée par tout le Royaume de France,* Paris 1623, Livre I^er^, Ch. XXXI, p. 203 et s.

fins péremptoires entre les fins de non-valoir et ce outre les fins déclinatoires » (60). Les fins de non-recevoir et les fins de non-procéder ont ceci de commun qu'elles empêchent l'examen du fond (61) « selon le droit commun, il y a aucunes exceptions qui empeschent la contestation de la cause; comme l'exception de transaction et prescription : qui se doit entendre qu'elles empeschent contestation sur le principal, mais non pas sur icelle exception, car il faut sur icelle conter cause, voir et appointer les parties en enqueste, si elle gist en faict, comme gist ladicte fin de prescription » (62). Sur la distinction entre les fins de non-recevoir et les fins de non-procéder, Imbert a fait le point que certains praticiens sont d'avis qu'elles « sont fort différentes les unes des autres » (63). « Car ils disent que les fins de non-procéder sont celles par le moyen desquelles on n'est point tenu procéder outre au procez, jusqu'à ce qu'il soit décidé et prononcé sur icelles, comme l'exception de litispendance ou déclinatoire; fins de non-recevoir sont celles par le moyen desquelles on maintient que l'action n'est recevable, et le procez principal se termine avec elle. Les fins de non-recevoir ne se prouvent le plus souvent par escrit mais par enqueste, comme en matière de complainte, quand ont dit que le demandeur et complaignant n'est recevable en icelle, parce qu'il vient après l'an et jour de trouble fait. Toutefois il est certain que la plus part des praticiens confondent ensemble ces fins de non-recevoir et de non-procéder » (64).

L'intérêt pratique de cette distinction apparaît dans l'ordre de leur invocation devant le juge. La fin de non-procéder doit être proposée « avant toutes fins, tant de non-recevoir que péremptoires, et d'icelle estre fait droict préalablement » (65). En outre, les fins de non-recevoir, en tant que fins dilatoires, doivent être proposées avant les fins péremptoires (66).

120. — En somme, on peut dire que le droit féodal connaît la distinction entre les conditions de recevabilité sanctionnées par des fins de non-recevoir et les conditions de succès au fond sanctionnées par des fins de non-valoir ou fins péremptoires. La classification se précisera davantage au cours des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles.

(60) IMBERT, *op. cit.*, p. 204, note *g*.
(61) IMBERT, *op. cit.*, Livre I^er^, Chap. XXXVI, p. 256, note g.
(62) IMBERT, *op. cit.*, p. 256.
(63) IMBERT, *op. cit.*, p. 257, note *g*.
(64) IMBERT, *op. cit.*, p. 257, note *g*.
(65) IMBERT, *op. cit.*, p. 257.
(66) IMBERT, *op. cit.*, p. 204.

## Section IV

# LA NOTION DES FINS DE NON-RECEVOIR AUX XVII^e ET XVIII^e SIECLES

### Sous-Section I

### L'ORDONNANCE D'AVRIL 1667

121. — Aux termes de l'article 5 du titre V de l'Ordonnance d'avril 1667 « Dans les défenses seront employées les fins de non-recevoir, nullités des exploits ou autres exceptions péremptoires, si aucunes y a, pour y être préalablement fait droit ». L'article 1^er, titre IX exige que « celui qui aura plusieurs actions dilatoires, sera tenu de les proposer par un même acte ». De la combinaison de ces deux articles, il apparaît que l'Ordonnance de 1667 a adopté à son tour le terme de fins de non-recevoir et l'idée que les exceptions dans la forme ainsi que les fins de non-recevoir doivent être proposées avant les défenses au fond (67).

### Sous-Section II

### LA DOCTRINE

122. — Dans le langage des commentateurs, on remarque des flottements dans la terminologie qu'ils emploient. Jousse (68) divise les exceptions péremptoires en deux sortes : les exceptions péremptoires proprement dites et les défenses au fond. Les exceptions péremptoires proprement dites sont « celles qui empêchent la poursuite de l'action, sans examiner si elle est juste ou non dans son principe. Telles sont les exceptions fondées, ou sur la nullité de l'exploit, ou sur des fins de non-recevoir, comme si le demandeur est sans qualité pour agir au temps de la demande, ou sur la péremption d'instance, sur la prescription, etc. » (69). Les défenses au fond sont « tous les moyens que le défendeur peut opposer contre le fond de la demande, soit parce que le demandeur est sans titre, soit parce que l'obligation sur laquelle cette demande est fondée est nulle » (70).

(67) Rodier, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril* 1667, *relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse 1779, p. 100.

(68) Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du mois d'avril 1667, Paris 1757, p. 56, pp. 64-66.

(69) Jousse, *op. cit.*, p. 56.

(70) Jousse, *ibid.*

123. — La distinction entre le fond et la recevabilité est très nette chez Pothier. « Le terme de défenses est général et comprend tout ce qu'on peut opposer contre une demande » (71). Mais dans un sens plus spécial, les défenses sont « les moyens qui attaquent le fond de la demande, qui tendent à soutenir qu'elle n'est pas juste, qu'elle n'est pas fondée » (72). « On appelle exceptions ou fins de non-recevoir les moyens qui, sans attaquer le fond de la demande, tendent à prouver que le demandeur ne doit pas être écouté à la proposer » (73). On a l'impression que Pothier considère que le terme d' « exception » est synonyme du terme de « fin de non-recevoir » et que tout ce qui ne concerne pas le fond appartient à la recevabilité de la demande. Mais en lisant les autres passages dans l'ouvrage de Pothier, il apparaît qu'il n'entendait pas accorder à la notion des fins de non-recevoir une portée si étendue. En reprenant la classification des exceptions dilatoires (74) et péremptoires, Pothier subdivise celles-ci en exceptions péremptoires qui concernent la forme (75) et exceptions péremptoires qui concernent le droit et regarde ces dernières comme des fins de non-recevoir. « Les exceptions péremptoires qui concernent le droit qu'on appelle aussi fins de non-recevoir, sont celles qui, sans entrer dans le mérite de la demande, tendent à prouver que le demandeur n'a pas le droit de la former, n'y est pas recevable, soit parce que le temps dans lequel elle devait être formée s'est écoulé, ce qui s'appelle prescription, soit parce qu'il y a eu une transaction sur cette demande, soit parce que le demandeur est héritier de celui qui aurait été obligé de garantir le défendeur, ou pour quelque autre cause que ce soit » (76). Quant au régime procédural des fins de non-recevoir, Pothier est d'avis qu'il est utile de les proposer avant les défenses au fond (art. 5, tit. V de l'Ordonnance de 1667). « Car si l'exception péremptoire procède, inutilement, entrera-t-on dans la discussion du fond de la demande; néanmoins, si la justification de l'exception péremptoire demandoit une instruction plus longue qu'en demande la question du fond, le juge pourrait ordonner qu'on instruisit sur le fond, reservant les fins de non-recevoir » (77). Mais, d'autre part, Pothier a admis que les fins de non-recevoir « peuvent s'opposer même après la contestation en cause, sur le fond et jusqu'à la sentence définitive, parce que ces exceptions détruisent la demande, et que c'est la même chose de

(71) POTHIER, *Traité de procédure civile*, Paris 1778, p. 30.

(72) POTHIER, *op. cit.*, p. 30.

(73) POTHIER, *op. cit.*, p. 30. Voy. dans le même sens : DENISART, *Collection des jugements*, Paris 1771, T. 2, V° Fin de non-recevoir ; GUYOT, *Répertoire de Jurisprudence*, Paris 1787, V°, Fin de non-recevoir.

(74) POTHIER les subdivise en déclinatoires (fins de non-procéder) et en dilatoires simplement dites, *op. cit.*, p. 30, comme l'exception de discussion, *op. cit.*, p. 35.

(75) « Ces exceptions sont celles qui tendent à faire renvoyer le défendeur de la demande contre lui donnée, à cause des quelques nullités qui se trouvent dans la forme de l'exploit de demande », POTHIER, *op. cit.*, p. 31.

(76) POTHIER, *op. cit.*, p. 33.

(77) POTHIER, *op. cit.*, p. 35.

n'avoir point d'action, et d'en avoir une qui puisse être exclue par ces sortes d'exceptions. Quoique le défendeur puisse être reçu après la contestation sur le fond à proposer les exceptions péremptoires, néanmoins lorsqu'il en a connoissance, il doit les proposer par ses premières défenses...; s'il ne le fait pas, la peine sera qu'il ne devra point avoir la répétition des dépens faits pour l'instruction du fond dans laquelle on sera inutilement entré » (78). Et c'est ainsi que Pothier n'a pas manqué de souligner la liaison étroite entre le fond et la recevabilité.

## Section V

## LA NOTION DES FINS DE NON-RECEVOIR AU XIXe SIECLE

### Sous-Section I

### LE PROJET DE CODE

124. — La notion des fins de non-recevoir était si familière aux esprits que le projet primitif du Code de proc. civ. contenait un § 5 intitulé « Des fins de non-recevoir » et un art. 185 ainsi libellé : « le défendeur qui soutiendra le demandeur non recevable en sa demande sera tenu de proposer cette exception préalablement à toute défense au fond » (79). Mais dans la section du Tribunat, on jugea que le terme de fin de non-recevoir était difficile à définir. « Faudrait-il donc définir par voie de doctrine ce que c'est qu'une fin de non-recevoir ? Faudrait-il distinguer les fins de non-recevoir, les fins de non-procéder, les fins de non-valoir, etc. ? Que peut faire de mieux la loi que de retracer les diverses phases que l'instruction peut présenter ? » (80). Quant aux exceptions péremptoires de fond, on était d'avis qu'elles appartenaient au code civil : « Ce sont celles qui tendent à détruire ou éteindre l'action du demandeur, comme la prescription, la compensation ou le paiement » (81). Face à ces difficultés terminologiques, on se contenta de supprimer purement et simplement la disposition de l'art. 185. Le législateur a préféré laisser à la jurispru-

(78) Pothier, *op. cit.*, p. 34 ; dans le même sens, Rodier, *Questions, op. cit.*, p. 60.

(79) Locré, T. 21, p. 215.

(80) Locré, T. 21, p. 440.

(81) Rapport du tribun Faure au Corps Législatif, sur le Livre 1er et sur les 9 premiers titres du Livre II du Code de Procédure, cité par Favard de Langlade, *Code de Procédure Civile, avec le rapprochement des articles du Code civil*, T. II, Paris, 1806, p. 76.

dence et à la doctrine la tâche de préciser le sens du terme de fin de non-recevoir.

## Sous-Section II

## LA DOCTRINE

125. — Les auteurs ont maintenu les traditions de l'Ancien Droit au regard du principe de la classification des défenses en exceptions, fins de non-recevoir et défenses au fond. Mais il est difficile de relever chez eux une définition précise de ce qu'il faut entendre par recevabilité. La confusion du langage a survécu à la classification bipartite en exceptions et défenses au fond adoptée par le Code de procédure civile.

126. — En 1807, Pigeau a écrit (82) « Une demande est recevable lorsqu'on n'a point de fin de non-recevoir à lui opposer; et l'on entend par fin de non-recevoir une exception qui fait rejeter une demande pour un terme ou pour toujours, sans examiner si elle est fondée (83).

Une demande est non recevable dans les neufs cas suivants :

1° si l'action n'est pas encore née;

2° si elle n'appartient pas à celui qui l'exerce;

3° si, lorsqu'on prétend l'avoir du chef d'un autre qui l'avait auparavant, on ne prouve pas lui avoir succédé;

4° si le demandeur n'est pas capable des effets du droit d'où procède l'action;

5° s'il ne remplit pas les conditions requises par la loi ou le titre pour intenter l'action;

6° si l'action compète contre un autre que celui contre qui elle est dirigée;

7° s'il y a concours d'action, et que le demandeur ait déjà fait son choix;

8° si l'action est en litispendance;

9° enfin, si l'action est éteinte. »

127. — Cette énumération des cas de non-recevabilité indique la voie dans laquelle s'est engagée la doctrine. Les auteurs procédaient

(82) *La procédure civile des tribunaux de France*, T. I, Paris, 1807, p. 48.

(83) Il n'est pas clair si Pigeau fait une distinction nette entre le fond et l'action. Il parle des exceptions péremptoires de fond comme « celles qui s'opposent contre le fond de la demande, et tendent à faire proscrire l'action, de manière qu'elle ne puisse reparaître ». Pigeau, *op. cit.*, T. I, p. 128. Rapprocher Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, T. I, Poitiers, 1828, p. 81, qui distingue entre le mal-fondé et la non-recevabilité et remarque que dans beaucoup d'auteurs les fins de non-recevoir sont désignées sous le nom d'exceptions péremptoires.

d'une idée ferme, mais d'une portée imprécise sur l'opposition des questions de fond aux questions de forme et de compétence (84).

128. — On peut constater qu'il y a une tendance vers l'extension de l'emploi du terme de « recevabilité » à toutes les questions qui ne concernent pas le fond proprement dit (85). D'autre part, on peut constater une tendance nettement opposée qui, ayant pour point de départ les liens intimes entre le fond et la recevabilité, (86) a fini par considérer certaines fins de non-recevoir comme des défenses au fond (87), et certaines défenses au fond comme des fins de non-recevoir (88). Cela a produit des résultats regrettables et a perplexé tous ceux qui aspirent à avoir une terminologie juridique précise et claire.

## Section VI

## LE DECRET-LOI DU 30 OCTOBRE 1935 ET SES SUITES

### Sous-Section I

### L'ATTITUDE LIBERALE DE LA JURISPRUDENCE

129. — La logique de la distinction entre les défenses au fond et les fins de non-recevoir veut que celles-ci doivent être proposées avant celles-là. La fin de non-recevoir empêche l'examen du fond du litige et, par conséquent, il est tout à fait normal qu'elle soit décidée préli-

(84) Pigeau, *op. cit.*, T. I, p. 128 ; Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, Paris 1825, T. I, pp. 215-216, « Les exceptions ou fins de non-recevoir et de non-procéder, sont les moyens qui, sans toucher au fond, établissent que le demandeur ne doit pas être admis à proposer sa demande » ; Rauter, *Cours de procédure civile française*, Strasbourg, 1824, p. 118 ; R. Bordeaux, *Philosophie de la Procédure civile, Mémoire sur la réforme de la Justice*, Paris, 1857, p. 351 ; Merlin, *Question de droit*, Paris 1827, T. 6, V° Fin de non-recevoir, p. 432.

(85) Voyez la note précédente. Plusieurs auteurs modernes donnent à la recevabilité ce sens large, v. Pollet, V° *Exceptions et Fins de non-recevoir in* Encycl. Dal. Proc. Civ.

(86) V. par exemple, A. Rodière qui a écrit que « les fins de non-recevoir notamment attaquaient l'action elle-même et se confondaient avec les défenses ». *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 3e éd., Toulouse, 1867, T. I, p. 298.

(87) Nous verrons plus loin que l'exception de la chose jugée est une véritable fin de non-recevoir. Cependant certains auteurs ont été amenés à la classer comme un moyen de fond, v. par exemple, Glasson et Tissier, *Tr. Proc. Civ.*, T. I, n° 227, p. 575.

(88) V. par exemple Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, 5e éd., Paris 1880, T. II, p. 153, qui regardent la prescription, la compensation et le paiement comme des fins de non-recevoir ou exceptions péremptoires de fond. Il est intéressant de noter que Bonnier a souligné ce qu'il y a d'arbitraire

minairement (89). Néanmoins, la jurisprudence, dès le milieu du XIX[e] siècle, a établi un régime procédural libéral pour les fins de non-recevoir en décidant qu'elles peuvent être proposées après la conclusion au fond et même en cause d'appel (90). Si le moyen de non-recevabilité est d'ordre public, il peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (91) et prononcé d'office par les juges (92). L'avantage indéniable d'un tel système est qu'il épargne au plaideur le danger de perdre une bonne cause pour la seule raison qu'il a manqué à son devoir de proposer le moyen d'irrecevabilité au moment opportun, c'est-à-dire avant de conclure au fond. Mais du point de vue de la rapidité de la marche de l'instance vers une solution définitive, le système libéral a l'inconvénient de permettre au plaideur

dans la distinction des défenses et des exceptions péremptoires : « Nous voyons Rodier, écrit-il, aller jusqu'à considérer le payement comme constituant une exception de cette nature », E. BONNIER, *Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, Paris 1847, T. II, p. 43. Dans le même sens : BOITARD, *op. cit.*, pp. 395-396.

(89) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 314, p. 291 ; Civ. 13 mars 1961, D. 1961.285, note Holleaux. Les formules employées par certains arrêts expriment avec netteté la distinction entre le fond et la recevabilité : voy. par exemple : Paris, 28 novembre 1958, S. 1959.183 : « La Cour... reçoit le comité... en qualité de partie intervenante à l'instance..., dit que le comité ne rapporte pas la preuve d'un préjudice quelconque..., le déboute, en conséquence, de ces demandes, fins et conclusions » ; Limoges, 2 juin 1960, D. 1960.644, note Verdier : « La Cour... dit l'action du syndicat professionnel recevable en la forme, au fond la dit mal fondée et l'en déboute » ; Pau, 28 juin 1961, J.C.P. II, 1961, 12.318, note J.A. : « La Cour... dit que l'action reconventionnelle de la femme en divorce et la demande en pension formée par la femme sont recevables en la forme. En évoquant le fond dit que la femme est bien-fondée dans son action reconventionnelle en divorce. »

(90) Grenoble, 23 avril 1858, S. 1858.2.397 ; Cass. civ., 17 avril 1866, S. 1866.I. 284 : une exception prise du défaut de qualité pour agir en justice « qui n'a rien de dilatoire et qui ne peut être confondue avec celles puisées dans des nullités d'exploits ou d'actes de procédure, forme un moyen péremptoire et préjudiciel auquel ne peuvent s'appliquer les articles 173 et 186, C. proc. civ. » ; Chambéry, 28 mars 1874, S. 1875.2.39 ; Cass. Req. 27 avril 1875, S. 1875.1.263 ; « la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité du demandeur, n'est qu'une défense à l'action principale pouvant être proposée pour la première fois en cause d'appel » ; Cass. civ. 1[er] août 1888, S. 1891.1.66 (défaut d'intérêt) ; Cass. civ., 8 avril 1925, S. 1925.1.131 : « Peut être proposée par le vendeur en tout état de l'instance et même pour la première fois en cause d'appel, la fin de non-recevoir qui résulte de l'article 1648, C. civ., d'après lequel l'action fondée sur des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai. »

(91) Cass. civ., 24 novembre 1880, S. 1881.1.65 ; Cass., 8 décembre 1885, S. 1886.1.179 ; Cass. civ., 7 janvier 1895, D. 1895.1.308 ; Cass. civ., 19 juin 1908, S. 1908.1.416. Mais la fin de non-recevoir qui ne touche pas à l'ordre public ne peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation ; Cass. Req. 23 février 1870, S. 1870.1.242 ; Cass. civ., 24 novembre 1875, S. 1876.1.166 ; Cass. civ., 7 janvier 1880, S. 1882.1.463 ; Cass. civ., 4 juin 1883, S. 1884.1.113 ; Cass. 2 août 1886, S. 1887.1.231.

(92) Alger, 16 juin 1856, S. 1856.2.622, « la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité peut être prononcée d'office par les juges dans les cas où elle tient à l'ordre public » ; Cass. civ., 19 juin 1908, S. 1908.1.416 : « la déchéance de l'appel interjetée après les délais légaux est d'ordre public et le juge doit la prononcer d'office » ; *Adde :* J. VINCENT, *La procédure civile et l'ordre public*, Mélanges Roubier, T. II, Paris 1961, p. 303, spécialement p. 309-311.

processif de faire perdre à son adversaire un temps précieux en invoquant les fins de non-recevoir au dernier moment et après avoir conclu au fond.

## Sous-Section II

## LA RIGIDITE LEGISLATIVE

130. — Pour couper court aux manœuvres dilatoires des plaideurs chicaneux, le législateur, par le décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant l'article 192 du Code de Procédure civile, a soumis les fins de non-recevoir à un régime procédural particulièrement strict, (93) en décidant que : « toutes les exceptions, demandes en nullités, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents..., seront déclarés non recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond ».

On peut observer que même si le législateur a voulu soumettre les fins de non-recevoir au même régime procédural que les exceptions, il n'en reste pas moins vrai que la nouvelle rédaction de l'article 192 peut être considérée comme une consécration formelle de « l'existence jusque-là controversée, d'une catégorie juridique des fins de non-recevoir, distincte de la catégorie des exceptions » (94). La disposition législative a ravivé les disputes autour du critère des fins de non-recevoir. Pour que l'article 192 atteigne le but d'accélérer la marche de l'instance, il ne faut pas que ce soit aux dépens d'une bonne administration de la justice. Or, pour certaines catégories des fins de non-recevoir comme celles tirées du défaut de qualité ou de l'autorité de la chose jugée, il y a « une impossibilité morale » de les frapper par la sévère sanction de forclusion si elles sont soulevées tardivement après la conclusion au fond (95). Pour remédier au rigorisme excessif de l'article 192, la doctrine a proposé de distinguer entre les fins de non-recevoir *liées au fond* (par exemple, celle tirée du défaut de qualité), qui seront traitées comme des défenses au fond et les fins de non-recevoir de *procédure* (par exemple celle tirée de l'expiration d'un délai) qui auront le même statut que les exceptions de procédure (96). Seules, les fins de non-recevoir de procédure doivent être présentées *in limine litis* à peine de forclusion. La doctrine a égale-

(93) Cf. H. Solus, *Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vue d'avenir, in* études offertes à G. Ripert, Paris 1950, T. I, p. 196.

(94) Carbonnier, note sous Cass. civ., 17 décembre 1941, D.C. 1942.113, § 1.

(95) Vanlaer, *Le D.L. du 30 octobre 1935 relatif à la procédure civile,* Lille 1937, pp. 278-279 ; Hébraud, *Rev. Crit. de Lég. et de Juris.* 1936, p. 72.

(96) Morel, *Supplément au Traité de Proc. civ. de Glasson et Tissier,* T. V, n° 232, p. 486 ; Vanlaer, *op. cit.*, p. 279. Il faut noter que déjà la jurisprudence a employé l'expression fin de non-recevoir liée au fond au sujet du droit d'évocation, voir par exemple : Cass. civ., 8 novembre 1877, S. 1890.1.310 ; Cass. req. 25 octobre 1905, S. 1906.I.460.

ment avancé un argument d'ordre purement exégétique : l'article 192 ne parle dans son premier alinéa que des « exceptions », demandes en nullité, fins de non-recevoir et déclinatoires visés aux articles précédents ». Or, les articles 166 et suivants ne visent aucune fin de non-recevoir (97).

### Sous-Section III

## LA PERSISTANCE DE L'ESPRIT LIBERAL DANS LA JURISPRUDENCE

131. — La jurisprudence a maintenu les solutions qu'elle a admises avant la réforme de 1935 et entériné les positions doctrinales concernant l'assimilation des fins de non-recevoir liées au fond aux défenses au fond et l'interprétation littérale de l'article 192 pour soustraire les fins de non-recevoir au régime strict réservé aux exceptions de procédure visées aux articles précédents. Ainsi, la Cour de cassation (98) a décidé que les dispositions qu'édicte l'article 192 « ne sont strictement applicables » qu'au moyen visé par les articles précédents et que la fin de non-recevoir « constituait un moyen de défense auquel n'était pas applicable l'article 192 du Code de Procédure Civil ». On peut relever une jurisprudence constante dans ce sens (99).

Il est évident que l'interprétation jurisprudentielle vide l'article 192 de sens et est incompatible avec l'intention réelle du législateur. Celui-ci, une fois de plus, a voulu condamner les solutions de la jurisprudence. Il a cru pouvoir atteindre ce but par la rédaction nouvelle de l'article 192 (décret n° 58-1289 du 22 déc. 1958) qui est ainsi conçu : « Toute demande en nullité même fondée sur l'inobservation d'une formalité substantielle; ... toute fin de non recevoir, ... ainsi que tous les déclinatoires visés aux articles précédents, seront déclarés non-recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond. » La doctrine a prévu que l'article 192 nouveau amènerait un revirement de la jurisprudence puisque le renvoi aux articles précédents

(97) F. Goyet, *Lois nouvelles*, 1936, 1re partie, p. 267 ; Vanlaer, *op. cit.*, p. 280.

(98) Cass. civ., 17 décembre 1941, D.C. 1942.113, note Carbonnier.

(99) Cass. civ., 23 février 1944, S. 1944.I.117, note Morel ; Cass. civ., 1er octobre 1953, Gaz. Pal., 1954.1.1. Pour les fins de non-recevoir de l'article 340 C. civ. : Cass. civ. I, 6 octobre 1953, J.C.P. 1953.II.7853, note G.M. ; Cass. civ. I, 17 juin 1957, J.C.P. 1957.IV, p. 114. Pour la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité : Paris, 31 janvier 1948, Gaz. Pal. 1948.1.137 ; R.T.D.C. 1948, p. 241, obs. Vizioz ; Cass. civ. 2e, 6 novembre 1958, Gaz. Pal., 1959.1.57, R.T.D.C. 1959, p. 144, obs. Hébraud ; cf. Morel, Tr. élém. n° 52 ; Vizioz, obs. in R.T.D.C., 1944, p. 262 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 317 ; Cuche et Vincent, *Précis de proc. civ.*, n° 30 ; Pollet, V° *Exceptions et fins de non-recevoir in* Encyc. Dalloz Proc. civ., n° 66 ; Solus et Perrot, *Dr. Judic. Priv.*, T. I ; n° 318, pp. 295-296 ; Vismard, *J. C. Proc. civ.*, T. III, fasc. art. 192, n°s 46 et s., pp. 7-8.

n'englobe plus les fins de non-recevoir (100). Mais la Cour de cassation (101) a maintenu sa jurisprudence antérieure à 1958 en décidant que la fin de non-recevoir tirée de l'absence de la publication de la demande en annulation d'une vente immobilière « n'est pas de la nature des moyens limitativement énumérés aux articles 166-191 » et que, par conséquent, elle peut être présentée pour la première fois en appel. Cette décision montre bien la fermeté de la Cour de cassation sur la question de soustraire les fins de non-recevoir au régime strict prévu par l'article 192. Il est à noter que la fin de non-recevoir envisagée par la décision de la Cour de cassation n'est pas liée au fond mais se rattache plutôt à une formalité de procédure et, à ce titre, rentre dans la catégorie des fins de non-recevoir de procédure que la doctrine admet qu'elles puissent être assimilées aux exceptions. De plus, il est significatif que la Cour de cassation n'a pas employé la formule « fin de non-recevoir liée au fond ». On peut donc se demander si la jurisprudence dans l'avenir continuerait de faire écho de la distinction, proposée par la doctrine, et acceptée expressément par quelques décisions judiciaires (102) entre les fins de non-recevoir liées au fond et les fins de non-recevoir de procédure. Si une jurisprudence constante décidait que *toutes les fins de non-recevoir* peuvent être proposées après la conclusion au fond, quel intérêt y aurait-il donc dans la distinction des fins de non-recevoir de procédure et les fins de non-recevoir de fond ? Il semble que cette distinction est importante pour ce qui concerne le droit d'évocation au Cause d'Appel : si le débat en première instance était confiné à l'examen d'une fin de non-recevoir de procédure, les juges d'appel ne peuvent décider le fond qu'en vertu du droit d'évocation. Mais au cas où le jugement attaqué a décidé sur une fin de non-recevoir liée au fond, les juges d'appel seront saisis de l'ensemble de l'affaire selon le principe de l'effet dévolutif d'appel et il n'y aura pas lieu de se servir du droit d'évocation (103).

*
**

132. — Au terme de cette étude historique, il est utile de faire quelques remarques :

(100) Solus et Perrot, *op. cit.*, T. I, n° 318, p. 296 ; mise à jour 1961 de l'Encyclop. Dalloz, Proc. civ., V° except. et fin de non-recevoir, n° 162.

(101) Cass. civ., 6 juin 1962, J.C.P. 1963.II.13191, note H. Motlusky ; R.T.D.C. 1963, p. 600, obs. Hébraud. Dans le même sens : Civ., 18 décembre 1962, D. 1963. 146, R.T.D.C. 1963, p. 395, obs. Hébraud ; Paris, 17 juin 1963, Gaz. Pal., 1964.I.54, R.T.D.C. 1964, p. 163, obs. Hébraud ; Caen, 7 janvier 1964, Gaz. Pal., 1964.I.250, R.T.D.C. 1964, p. 363, obs. Hébraud.

(102) V. par exemple : Cass. civ., 6 octobre 1953, J.C.P. 1953.II.7853 ; Cass. civ., 17 juin 1957, J.C.P. 1957.IV, p. 114.

(103) Cass. civ., 8 novembre 1887, S. 1890.1.310 (qualité) ; Cass. req. 25 octobre 1905, S. 1906.1.460 (chose jugée). Voy. Beguet, R.T.D.C. 1947, n° 15, pp. 151-152 ; Morel, *Tr. élem. Proc. civ.*, n° 52, p. 56 ; Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, T. I, n° 319, p. 297 ; Pollet, V° *Exceptions et fins de non-recevoir*, Encycl. Dalloz Proc. civ., n° 66.

133. — Le terme de fin de non-recevoir a été inventé par les praticiens de l'ancien droit en tant qu'une subdivision des classifications romaines des exceptions. Le sens de ce terme a varié au cours des siècles et d'un auteur à l'autre. Le point essentiel à souligner est que la doctrine et la jurisprudence ont continué à employer ce terme, tout en essayant de lui donner une signification technique précise. L'attitude du législateur était différente : en 1806, il supprima dans le projet du code un article consacré aux fins de non-recevoir (104) ; en 1935 et 1958, il s'est montré ferme pour assimiler les fins de non-recevoir aux exceptions de procédure. Mais les fins de non-recevoir ont survécu à ces assauts meurtriers et elles en sortent plus vigoureuses que jamais. On espère, avec M. Motulsky, que le législateur serait mieux prédisposé à apprécier la leçon que nous apprend cette « tenace survie des fins de non-recevoir » (105).

## Section VII

## LES THEORIES MODERNES DES FINS DE NON-RECEVOIR

### Sous-Section I

### LA THEORIE DE LA NATURE MIXTE DES FINS DE NON-RECEVOIR : LA CLASSIFICATION TRIPARTITE DES MOYENS DE DEFENSE

134. — La doctrine française de la fin du XIX^e^ siècle et commencement du XX^e^, est parvenue à élaborer une théorie logique sur la nature des fins de non-recevoir. C'était, à notre connaissance, la première fois qu'on essayât de donner une explication systématique des solutions empiriques de la jurisprudence et, du même coup, de mettre fin aux imprécisions terminologiques dans ce domaine.

L'évolution historique des fins de non-recevoir montre que le terrain était préparé pour la doctrine afin de parachever une classification tripartite des moyens de défense et faire ressortir les fins de non-recevoir comme une catégorie juridique autonome.

135. — Le point de départ de la classification tripartite est que, entre les exceptions de procédure, d'une part, et les défenses au fond, d'autre part, il y a une catégorie intermédiaire (106) des moyens de

(104) En ceci le législateur de 1808 n'a pas suivi l'ordonnance de 1667 qui a consacré un article 5 du titre V aux fins de non-recevoir.

(105) Note Motulsky, J.C.P., 1963.II.13191, § V.

(106) Glasson et Tissier, *Tr. Proc. Civ.*, T. I, n° 227 ; Morel, *Tr. élém. Proc. Civ.*, n° 52 ; Cornu et Foyer, *Proc. Civ.*, p. 315 ; Cuche et Vincent, *Précis Pro. Civ.*, n° 29 ; Solus et Perrot, *Dr. Judic. Privé*, T. I, n° 314, p. 290. Mais Garson-

défense — les fins de non-recevoir — qui ressemblent aux exceptions en ce qu'elles ne touchent pas au fond de la demande et aux moyens de défense en ce qu'elles aboutissent à débouter le demandeur définitivement.

Il est clair que cette classification se base à la fois sur deux critères d'ordre différent (107), à savoir :

1° la nature du moyen dérivé de son rattachement direct (défense au fond) ou indirect (exception) au fond du litige;

2° les effets du moyen selon qu'ils sont définitifs (défense au fond) ou temporaires (exception).

136. — Nous croyons que, seul, le premier critère est à retenir. Le deuxième critère n'est pas décisif. Car, en certains cas, la demande est irrecevable *en l'état*, c'est-à-dire « ne peut être accueillie et examinée au fond dans l'état où elle est présentée, mais qu'elle pourra être renouvelée lorsque l'obstacle qui s'oppose actuellement à son admission aura disparu » (108). Malgré son effet temporaire, le moyen de défense n'en reste pas moins une fin de non-recevoir (109).

En tout cas, nous croyons que, même si on admet que la catégorie des fins de non-recevoir peut avoir un caractère hybride, cela n'est pas incompatible avec l'idée que les fins de non-recevoir peuvent constituer une catégorie juridique autonome. Il n'est pas nécessaire de rapprocher les fins de non-recevoir, tantôt des défenses au fond et tantôt des exceptions de procédure, mais il est nécessaire de *distinguer* les fins de non-recevoir et des défenses au fond et des exceptions de procédure. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un *rapprochement* mais d'une *distinction.*

137. — Le critère valable qui permettrait de distinguer entre les trois catégories des moyens de défense est celui qui est basé sur l'*objet* de ces moyens. La défense au fond s'attaquera *directement* au droit substantiel, la fin de non-recevoir s'attaquera au droit d'agir, et l'exception s'attaquera à la marche de la procédure (110).

net et Cézar-Bru sont en faveur d'une classification dualiste : Traité proc. civ., T. I, n° 442, pp. 698-699, n° 452, pp. 709-710.

(107) Cf. Beguet, *op. cit.*, R.T.D.C. 1947, n° 7, p. 141.

(108) Vizioz, obs. R.T.D.C. 1947, p. 81.

(109) Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité proc. civ.*, T. I, n° 452, pp.709-710 ; Solus et Perrot, *Dr. jud. pr.*, T. I, p. 292 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 316.

(110) Glasson, Tissier et Morel, *Tr. proc. civ.*, T. I, n° 227 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 52 ; Carbonnier, note au D.C., 1942.113 ; Motulsky, note au J.C.P., 1963.II.13191, § 1.

## Sous-Section II

## LA THEORIE DE L'OPPOSITION DU FOND DE LA DEMANDE A SA MISE EN ŒUVRE PROCEDURALE

(classification dualiste des moyens de défense)

### § 1. — La critique de la classification tripartite des moyens de défense.

138. — Certains auteurs (111) ont critiqué la classification tripartite des moyens de défense en exception de procédure, fins de non-recevoir et défenses au fond en préconisant une classification dualiste, plus simple, qui opposera les exceptions de procédure aux défenses au fond. M. Beguet, dans une étude remarquable dédiée aux fins de non-recevoir, essaya de montrer que « le seul principe fonctionnel » de classification des défenses à l'action est celui qui oppose la critique de la correction formelle à celle du bien-fondé » (112). Pour supprimer la catégorie des fins de non-recevoir, il suffirait de les reclasser en deux catégories, selon qu'elles se rattachent en réalité, soit au bien-fondé de la demande (par exemple l'irrecevabilité — basée sur le fait que leurs obligations n'ont pas le même objet — de l'action en garantie de l'assuré contre l'assureur), soit à la mise en œuvre procédurale de la demande (par exemple l'irrecevabilité résultant de l'expiration d'un délai pour agir, « car dans ce cas c'est bien la façon de conduire l'instance qui est en jeu ») (113).

### § 2. — Les arguments pour une classification dualiste.

139. — Pour appuyer leur thèse, les partisans de la classification dualiste ont avancé deux arguments, l'un d'ordre exégétique et l'autre d'ordre historique.

D'abord, le fait que le titre IX du Code de Procédure Civile de 1806 ait énuméré les exceptions, et les exceptions seulement, montre bien que le législateur a voulu adopter une classification dualiste des moyens de défense (114). La liste que le législateur a dressée des dif-

(111) Garsonnet et Cezar-Bru, *Tr. proc. civ.*, T. I, n° 452, pp. 709-710 ; Beguet, *Etude critique de la notion de fin de non-recevoir*, R.T.D.C. 1947, p. 133, notamment p. 146 et s.

(112) Beguet, R.T.D.C. 1947, n° 11, p. 147.

(113) Beguet, R.T.D.C. 1947, n° 11, pp. 146-147, dans le même sens, Garsonnet et Cézar-Bru, *Tr. proc. civ.*, T. I, n° 452, pp. 709-710.

(114) Garsonnet et Cézar-Bru, *Tr. proc. civ.*, T. I, n° 452, p. 709.

férentes exceptions « permet de se faire de l'exception une notion unitaire » distincte de « tout ce qui touchait au fond du droit » (115).

Ensuite, « dès le milieu du XIX^e siècle, on voit opposer au sens ancien et périmé de tout moyen opposé à une demande judiciaire » celui de « moyen qui n'a trait qu'à la procédure », qu'à « l'exercice de l'action ou mode de procéder ». De cette constatation, M. Beguet a conclu que « dans un système juridique caractérisé par l'absence de formalisme, la distinction de l'exception et de la défense au fond ne laisse aucune place à la notion de fin de non-recevoir » (116).

### § 3. — Critique : La classification tripartite mérite d'être maintenue.

140. — Nous pensons que ces deux arguments ne sont pas concluants. Quant à l'argument exégétique, les travaux préparatoires indiquent que la suppression de l'article consacré aux fins de non-recevoir signifiait que le législateur a laissé à la jurisprudence et à la doctrine la tâche d'élaborer une théorie des fins de non-recevoir, et n'implique pas nécessairement que le législateur s'est décidé à adopter une classification dualiste. Il est vrai que les réformes de 1935 et 1958 ont réitéré la volonté du législateur pour assimiler les fins de non-recevoir aux exceptions de procédure en enjoignant au plaideur de les présenter *in limine litis* (art. 192, code proc. civ.) Mais la persistance de la jurisprudence et de la doctrine dans l'emploi du terme de fin de non-recevoir nous amène à penser que la rédaction nouvelle de l'article 192 peut être considérée comme la consécration formelle de la catégorie des fins de non-recevoir. Quant à l'argument historique, il est vain d'attacher la plus grande importance à une formule ou à une autre. Nous avons vu qu'il résulte de l'ensemble de l'œuvre de la doctrine de la première moitié du XIX^e siècle que, malgré le silence du code, la terminologie de l'ancien droit concernant les fins de non-recevoir a été maintenue — avec quelques retouches bien entendu — pour permettre enfin à la doctrine classique de proposer cette classification tripartite des moyens de défense dans laquelle les fins de non-recevoir occuperont une place *intermédiaire* entre les défenses au fond et les exceptions.

## Sous-Section III

## LE PROBLEME DE L'AUTONOMIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

141. — Si on ne nie pas l'existence des fins de non-recevoir en tant qu'une catégorie juridique autonome, on est en droit de se demander si l'autonomie dont il s'agit est absolue ou seulement relative.

(115) Beguet, R.T.D.C. 1947, n° 12, p. 147.
(116) Beguet, *ibid.*

142. — Selon M. Beguet, « l'opposition du fond du droit à sa mise en œuvre procédurale correspond à un degré poussé de généralisation et les règles qui en découlent laissent place à des dérogations, fondement possible de l'autonomie relative des moyens intermédiaires » (117). Il y a parmi les exceptions de procédure des moyens qui sont caractérisés par les effets particulièrement énergiques qu'ils produisent. « Cette différence d'effet peut parfaitement justifier en droit positif une différence de régime; et c'est bien le point de vue auquel se rallie la doctrine classique des fins de non-recevoir, lorsqu'après leur avoir reconnu un effet plus décisif que celui des exceptions, elle se refuse à exiger qu'elles soient invoquées *in limine litis* sous peine de déchéance » (118).

D'autre part, il y a parmi les défenses au fond des moyens plus faciles à produire que les exceptions, ce qui permettrait de les regrouper à part dans une subdivision des défenses au fond. « C'est ainsi qu'en matière d'action de divorce, la reconciliation postérieure à l'offense mérite une place à part par la facilité avec laquelle on l'établit, alors que par son fondement comme par ses effets elle s'identifie à l'absence de l'offense » (119).

Bref, dans la pensée de M. Beguet, l'autonomie des fins de non-recevoir est relative, puisque cette catégorie est composée de toutes pièces d'éléments hétérogènes puisés aux défenses au fond et aux exceptions de procédure.

143. — Il est facile de constater que ce raisonnement n'est pas valable. Logiquement, si on admet l'existence d'une opposition du fond du droit à sa mise en œuvre procédurale, comment construire un *tertium quid* sur la base du regroupement des éléments arrachés — plus ou moins arbitrairement — à l'une ou à l'autre catégorie ? Est-ce que la catégorie des fins de non-recevoir englobe les moyens qui se différencient des autres au sein des deux autres catégories principales ? Ce serait faire des fins de non-recevoir une notion arbitraire qui ne correspond à aucune réalité.

Un point d'ordre *méthodologique* doit être clarifié. Etablir une catégorie juridique n'entraîne pas nécessairement une uniformité du régime juridique. De même, le fait que des conséquences juridiques semblables découlent de certains faits, ne justifie pas, à lui seul, de faire de ces faits une catégorie à part. Il faut procéder par voie de classification rationnelle sur la base de la nature même des moyens à classifier. La question des conséquences juridiques ne se pose qu'en second lieu. Car plusieurs facteurs, complètement extérieurs à la nature même du moyen, peuvent intervenir dans la détermination de son régime juridique. Par exemple, un moyen d'ordre public peut être soulevé en tout état de cause et peu importe si ce moyen est une

(117) Beguet, R.T.D.C. 1947, n° 14, p. 150.
(118) Beguet, R.T.D.C. 1947, n° 14, p. 151.
(119) *Ibid.*

exception de procédure ou une défense au fond. D'autre part, il se peut, dans certaines hypothèses, qu'on échelonne le débat au fond en exigeant qu'un élément de fond détachable des autres doive être discuté préalablement. Il est donc inutile, dans la recherche d'un critère de classification scientifique, d'attacher une importance décisive à de telles circonstances contingentes (120). Dans la lumière de cette constatation, il faut apprécier la théorie qui fait le départ entre les fins de non-recevoir de procédure et les fins de non-recevoir de fond.

144. — M. Morel a pensé que (121) « le mieux serait de distinguer suivant que la fin de non-recevoir est liée au fond ou, au contraire, est tirée de l'expiration d'un délai. Dans le premier cas, elle équivaudrait à une défense, dans le second elle serait traitée comme une exception ».

145. — MM. Solus et Perrot ont admis que « les moyens de défense catalogués parmi les fins de non-recevoir forment un ensemble quelque peu disparate » (122), mais ils ont eu le soin de souligner qu'« il serait cependant injuste de ne pas apercevoir entre eux une certaine unité, fondée précisément sur cette idée que tous ont pour but d'étouffer le débat au fond d'une manière préalable et d'entraîner l'échec de la demande sans qu'il soit besoin de rechercher si elle est fondée ou si elle ne l'est pas; l'idée d'un obstacle anticipé reste sous-jacente à la notion de fin de non-recevoir » (123). Les deux savants auteurs ont accepté le principe de la distinction des fins de non-recevoir, en des fins de non-recevoir liées au fond et des fins de non-recevoir de procédure. « On appelle fins de non-recevoir de procédure celles qui tendent à faire écarter la demande parce que l'action n'a pas été exercée dans des conditions régulières au point de vue de la procédure; en raison, par exemple, du défaut d'intérêt ou d'expiration du délai imparti pour saisir le tribunal » (124).

La *fin de non-recevoir liée au fond* « tend à interdire de faire valoir le droit qui sert de fondement à la demande » (125), comme par exemple la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée et la fin de non-recevoir tirée de l'inconduite notoire de la mère ou la disparité des groupes sanguins (art. 340 du code civil). « En réalité, affirment les deux grands auteurs, les fins de non-recevoir de cette nature sont des véritables défenses au fond, qui ont été cataloguées parmi les fins de non-recevoir parce qu'elles font obstacle à tout débat judiciaire sur le fond et s'opposent à la continuation de l'instance » (126).

(120) Ainsi on peut reprocher à MM. Garsonnet et Cézar-Bru qu'ils ont conclu au rattachement des fins de non-recevoir aux défenses au fond parce que la jurisprudence décide que ces fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause : Tr. proc. civ., T. I, n° 452, p. 710.

(121) Morel, *Traité élém. pr. civ.*, n° 52, p. 57.

(122) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 315, p. 293.

(123) Solus et Perrot, *ibid.*

(124) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 316, p. 293.

(125) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 316, p. 294.

(126) *Ibid.*

146. — Etant donné la difficulté de fixer une ligne de démarcation entre les fins de non-recevoir liées au fond et les fins de non-recevoir de procédure, M. Motulsky a été amené à soutenir qu'il faut faire de la fin de non-recevoir une *notion unitaire.* « Nous estimons — a-t-il écrit — qu'il est vain d'espérer qu'une classification satisfaisante puisse être opérée à partir de la scission entre moyens tenant à la procédure et moyens tenant au fond. Il faut conclure, selon nous, que le concept s'épuise dans sa fonction procédurale et est, à ce titre, unitaire, quelle que puisse être l'hétérogénéïté de ses éléments de fond; de même que l'action n'est que le droit processuel d'obtenir une décision sur le fond de la prétention, de même la fin de non-recevoir n'est que le moyen processuel tendant à éviter une telle décision » (127). M. Motulsky cependant a admis que certaines fins de non-recevoir sont étroitement liées au fond et même sont des véritables moyens de fond. « Elles peuvent servir, non seulement à détruire l'action, mais à anéantir (*ou du moins à paralyser*) le droit substantiel lui-même à le supposer existant », (128) comme par exemple la reconciliation en matière de divorce, la confirmation d'actes frappés de nullité relative, la transaction, l'objection tirée de l'illicéité ou de l'immortalité. Dans tous ces cas, le moyen peut servir comme fin de non-recevoir et empêche la vérification du bien-fondé de la prétention.

147. — Il est utile de rapprocher ces idées des remarques de M. Carbonnier à propos des fins de non-recevoir de l'article 340, C. civ. M. Carbonnier a souligné qu' « à ne considérer que leur contenu, à ne considérer que les faits qu'elles font valoir, les défenses de l'article 340 font partie intégrante du débat au fond. Mais elles s'en détachent par leur fonctionnement procédural, par la manière dont elles font valoir les faits allégués..., les fins de non-recevoir de l'article 340 offrent... une particularité capitale : c'est que la loi a formellement entendu les isoler du débat au fond pour les placer au début de l'instance... elles n'ont de raison d'être, en tant que telles, que si elles sont présentées *in limine litis*, de façon à couper court immédiatement au procès et à empêcher le déroulement d'une enquête d'où sortirait le scandale. Transportées au moment différent de l'instance, elles manquent à leur mission » (129). C'est ce trait particulier qui justifie la différenciation des fins de non-recevoir de l'article 340 des exceptions et fins de non-recevoir ordinaires régies par l'article 192 du Code de proc. civ. Puisque les fins de non-recevoir de l'article 340 font partie du débat au fond, il faut admettre qu'elles peuvent être présentées même après l'ouverture du débat au fond.

148. — En résumé, on peut dire que la doctrine française moderne est d'accord sur deux points :

(127) Motulsky, Note au J.C.P., 1963.II.13191, § III.
(128) *Ibid.*
(129) Carbonnier, Note au D.C. 1942.113.

1° que le caractère commun de toutes les fins de non-recevoir est qu'elles empêchent la contestation au fond;

2° que certains de ces empêchements se rapportent à la marche de la procédure et que certains autres se rapportent au fond de la prétention. Il semble que les formules : « *les fins de non-recevoir de procédure sont assimilées aux exceptions* », « *les fins de non-recevoir liées au fond sont des véritables défenses au fond* » sont unanimement admises dans la doctrine. Il faut maintenant apprécier la valeur de cette terminologie.

## Sous-Section IV

## UNE APPRECIATION CRITIQUE DES NOTIONS DES FINS DE NON-RECEVOIR LIEES AU FOND ET FINS DE NON-RECEVOIR DE PROCEDURE

### § 1. — L'importance de fixer la notion d'irrecevabilité dans le cadre des théories de l'action et de l'instance.

149. — Le fait que la doctrine hésite au sujet de la qualification des fins de non-recevoir liées au fond nous fait penser qu'il faut pousser l'analyse en avant pour trouver un critère capable d'expliquer comment la fin de non-recevoir liée au fond peut être distinguée du fond lui-même. Il est évident que la réponse à une question si épineuse nécessite un examen approfondi des deux notions fondamentales du droit judiciaire privé, à savoir la notion de l'action et la notion de l'instance. Car, si la fin de non-recevoir n'attaque pas le fond, mais est en même temps liée au fond, ceci ne s'explique aisément que si l'on suppose que ce qu'attaque la fin de non-recevoir, c'est l'action elle-même.

150. — Délimiter le contour de la notion d'action, c'est en même temps délimiter le contour de la notion des fins de non-recevoir. La difficulté de préciser la notion des fins de non-recevoir n'est que le reflet de la difficulté de préciser la notion de l'action.

151. — D'autre part, la difficulté de distinguer les fins de non-recevoir de procédure des exceptions de procédure est le résultat de la confusion qui règne à propos de la distinction entre les « formalités procédurales » et les autres éléments de l'instance qui ne peuvent pas être qualifiés comme des pures formalités. Ce sont précisément ces éléments de l'instance autre que les éléments de pure forme qui constituent ce qu'on appelle les fins de non-recevoir de procédure. Notons en passant que les fins de non-recevoir dont il s'agit ne sont pas à la vérité « de procédure » (si on entend par « procédure » une formalité

procédurale et c'est d'ailleurs son sens strict et technique), mais sont *liées à la procédure*. En d'autres termes, les fins de non-recevoir de procédure sont ainsi appelées parce qu'elles touchent à la marche de l'instance en en assurant un déroulement ordonné par une technique autre que l'imposition d'une formalité.

### § 2. — Le rôle créateur de la recevabilité.

152. — Il est difficile pourtant d'évoquer les notions de l'action et de l'instance sans que la notion de « juridiction » ne se présente pas immédiatement à l'esprit. Certains auteurs regardent l'action comme le droit à la juridiction (130). Littéralement, juridiction signifie « dire le droit », mais dans une acception technique, la juridiction n'est autre chose que le pouvoir reconnu aux tribunaux de connaître de certains litiges.

153. — On a l'habitude de diviser la juridiction en deux catégories : la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse et celle-ci en *juridiction judiciaire* et *juridiction administrative*. Abstraction faite de ces classifications, si on regarde les juridictions étatiques dans leur ensemble, il est facile de concevoir que la notion de juridiction trace les limites de l'intervention judiciaire étatique. On peut dire, en d'autres termes, que la notion qu'une société donnée se fait de la juridiction pourrait servir de critère pour déterminer ce qui rentre dans le domaine juridique et ce qui n'y rentre pas. Il est significatif qu'on se serve du terme de *recevabilité* pour désigner le phénomène de l'extension de juridiction et le terme d'*irrecevabilité* pour désigner le phénomène de restriction de juridiction. Ainsi apparaît une liaison particulièrement étroite entre le fond et la recevabilité. Mais le sens de cette liaison mérite d'être précisé. Encore une fois, il nous faut faire un appel à l'histoire. Nous avons vu comment, en droit romain (131) et en droit germanique coutumier (132) le point de départ était l'établissement d'une juridiction limitée à un certain nombre de formalités procédurales qui représentaient les seules voies de droit ouvertes devant les justiciables. L'extension de juridiction a été réalisée par l'emploi de plusieurs techniques : la création de nouvelles catégories de voies de droit, l'assouplissement de la rigueur des formalités et enfin la suppression du système de la limitation rigide des voies de droit. Nous avons vu que le droit romain (133) et le droit anglais (134) ont connu ces différentes techniques. On ne peut parler de la « suprématie » du droit substantiel sur la voie de droit que dans un système juridique déjà parvenu à se libérer de la méthode d'une *énu-*

(130) V. Pekelis, v° *Azione in* Nsso, D. Italiano.
(131) *Supra*, n° 103.
(132) *Supra*, n° 114.
(133) *Supra*, n° 105.
(134) *Supra*, n° 72.

*mération limitative* des voies de droit. L'analyse de l'évolution historique du droit romain et du droit anglais nous a permis d'observer la primauté historique des voies de droit sur les droits subjectifs. Cette primauté est parfaitement compatible avec la nature même des choses. Les peuples primitifs attachent la plus haute importance aux rites et aux formalités auxquels ils donnent un caractère religieux et sacramental (135). De plus, les voies de droit sont élaborées pour protéger certains intérêts dans la société. Or, il est difficile de prévoir tous les intérêts qui sont dignes de protection. Pour commencer, il est plus facile de créer les voies de droit. C'est seulement une longue et durable expérience qui permettra de passer outre les voies de droit pour prendre directement en considération les intérêts à protéger, pour les classifier, les cataloguer et enfin les élever au niveau des droits subjectifs (136).

154. — Il est fort probable que le droit français aurait suivi la même ligne d'évolution historique qu'ont suivi les droits romain et anglais, s'il était resté à l'écart de la renaissance des études savantes du droit romain dans les universités italiennes à partir du XII^e^ siècle. Au XV^e^ siècle, le triomphe du droit romain était assuré en France (137). Il est à noter que le droit romain reçu en France n'était pas le droit des 12 tables ou le droit classique, mais bien le droit de Justinien qui se caractérise par son libéralisme au sujet des voies de droit et où l'on peut relever la primauté des droits substantiels sur les actions. Il n'est donc pas étonnant que la juridiction dans l'ancien droit n'était pas limitée à un certain nombre des voies de droit. Mais, d'autre part, le droit de Justinien a gardé le souvenir d'une lointaine époque où la primauté de l'action était la règle fondamentale. Et cette survivance des temps archaïques a été communiquée à l'ancien droit et au Code Civil (138). C'est ainsi que de nos jours, on continue de parler de « l'action en divorce », de « l'action en recherche de paternité naturelle », de « l'action en désaveu », de « l'action en nullité ». N'est-il pas un peu pédantesque d'insister tout le temps de parler du « droit substantiel de divorce », du « droit substantiel à la paternité naturelle », du « droit substantiel à désavouer la filiation de celui qui n'est pas le véritable fils », du « droit substantiel à la validité de l'acte juridique » ? Mais ce sont seulement des habitudes de langage qui ne doivent pas nous inciter à perdre de vue le fait fondamental que le

(135) H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Paris, 1963, pp. 102-107.

(136) Cf. P. Roubier, *Délimitation et intérêt pratique de la catégorie des droits subjectifs, in* Arch. de philosophie du droit, n° 9, 1964, p. 92 ; H. Motulsky, *Le droit subjectif et l'action en justice, in* Arch. de philosophie du droit, n° 9, 1964, p. 215. Sur l'évolution historique du concept d'action, voyez l'analyse instructive *in* Solus et Perrot, *Dr. jud. priv.*, T. I, n° 96, pp. 97-98.

(137) G. Lapointe, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris 1956, p. 34, p. 354 ; P. Mortari, *Diritto romano et diritto nazionale in Francia nel secolo* 16, Milan, 1962, p. 19.

(138) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.* T. I, n° 96, p. 98.

temps d'une liste préétablie des voies de droit est définitivement révolu. Or, il faut se demander quelle est la signification et la portée de ce changement radical d'attitude du droit positif vis-à-vis des relations voies de droit — droit substantiel.

155. — La première remarque à faire est que dans une société dynamique, il est impossible de dresser à priori une liste complète et exhaustive de tous les intérêts qui sont dignes de la protection juridictionnelle. Force est donc de laisser au législateur et à la jurisprudence le pouvoir d'intervenir de temps en temps, ici et là, soit pour supprimer la protection juridictionnelle déjà accordée à certains intérêts, soit pour élever certains intérêts au rang des « *intérêts juridictionnellement protégés* ». Pour ce faire, on a eu volontiers recours à la notion d'irrecevabilité. C'est le sens et l'origine des formules « *L'intérêt est une condition de recevabilité de l'action* », « *l'intérêt est une condition de recevabilité liée au fond* » (139).

156. — La seconde remarque à faire est que le problème — apparemment procédural — de l'appartenance d'une certaine voie de droit à une certaine personne a joué un rôle non moins prépondérant dans l'élaboration des nouvelles règles juridiques de fond. Ici encore on a eu recours à la notion de recevabilité. C'est le sens et l'origine des formules : « *la qualité est une condition de recevabilité de l'action* », « *la qualité est une condition de recevabilité liée au fond* » (140).

157. — Ainsi, la relation entre le fond et la recevabilité nous apparaît sous un nouveau jour. *La recevabilité agit sur le fond dans le sens tout particulier que la recevabilité est le moyen technique dont on se sert pour conférer à certaines personnes le pouvoir de réclamer la protection juridictionnelle de certains intérêts jugés comme dignes de protection.* C'est ce qu'on peut appeler convenablement le *rôle créateur de la recevabilité.* Ce rôle créateur apparaît nettement dans la détermination du domaine d'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* (141) dans la détermination des personnes qualifiées pour réclamer des dommages-intérêts à la suite d'un accident survenu à un parent, (142) dans la recevabilité des actions collectives des groupements (143), etc.

158. — Mais c'est dans le domaine du recours pour excès de pouvoir que le rôle créateur de recevabilité se manifeste de la manière la plus évidente. Et rien de surprenant en ceci. Car, en droit privé qui a vieilli et atteint un degré de cristallisation remarquable, le problème de fixer les limites de juridiction ne se pose pas dans les mêmes ter-

(139) V. *infra,* n° 258.
(140) V. *infra,* n° 312.
(141) V. *infra,* n° 283.
(142) V. *infra,* n° 302.
(143) V. *infra,* n° 260 ; J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique, in* Arch. de Phil. du Droit, n° 9, 1964, p. 17, notamment, p. 28.

mes qu'en droit administratif. Celui-ci, en effet, est un droit moderne, en plein développement et ses règles sont loin d'être complètement cristallisées. Les problèmes concernant les actes qui peuvent être attaqués, les personnes qualifiées pour requérir l'annulation de l'acte administratif et l'absence du recours parallèle, mettent directement en cause la question de l'exercice de la juridiction administrative pour excès de pouvoir (144). Dans les premières phases de l'évolution du contentieux administratif, on essaye de faire une distinction entre la recevabilité du recours de pleine juridiction et la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Pour la recevabilité du premier, il faut que le demandeur justifie d'un *droit lésé* et pour la recevabilité du second, il suffit que le requérant s'appuie sur un *intérêt froissé* (145). Mais on peut dire que, même dans le domaine du recours pour excès de pouvoir, il s'agit bien des droits subjectifs publics des administrés (146). On peut, en effet, constater un processus de « *catégorisation* » des intérêts que le Conseil d'Etat considère comme dignes de la protection juridictionnelle. Soit que l'on considère ces « intérêts catégorisés » comme des droits subjectifs ou non, peu importe, puisqu'en tout cas ils ont assumé une physionomie propre et il n'est pas inexact de les caractériser comme des « droits substantiels » (147). Voilà donc une autre preuve que, du point de vue historique, c'est l'action qui précède le droit substantiel.

(144) Waline, *Dr. adm.*, 9e éd., Paris, 1963, nos 817 et s., p. 492 et s. ; A. de Laubadère, *Traité élém. de dr. adm.*, 3e éd., Paris, 1963, T. I, nos 843 et s., p. 456 et s.

(145) de Laubadère, *op. cit.*, n° 859, p. 462 ; P. Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à* 1954, Paris, 1962, n° 4, p. 21.

(146) Les deux défendeurs principaux de cette thèse sont : Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899 ; Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, revue de Dr. public, 1932, p. 695 ; *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934.

(147) B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1959. Dans la deuxième partie de son ouvrage, M. Kornprobst s'efforce de démontrer que « les personnes en cause au recours pour excès de pouvoir font valoir un droit », voir notamment, p. 237 et s. ; Ch. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, 1962, n° 279, p. 257 : « Autrefois, à l'occasion de chaque cas d'espèce, le juge étudiait la relation situation du requérant - Acte administratif. S'il y avait un rapport suffisamment étroit entre ces deux éléments, le Conseil proclamait que le plaideur avait un intérêt direct et personnel qui lui donnait qualité. Cette recherche a amené la Haute Assemblée à dégager des qualités : contribuable, électeur, fonctionnaire, etc. ; chacune de ces qualités ne donne intérêt à attaquer que certains actes administratifs... la « catégorisation » des requêtes amène un certain automatisme dans l'application de la notion de qualité. La Haute Assemblée revient cependant à son analyse primitive, chaque fois qu'un plaideur invoque une nouvelle situation juridique au soutien d'un pouvoir. Mais, ensuite, le même automatisme de la notion de qualité apparaît dans ce domaine » ; F. Longchamps, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine, in* Arch. de Phil. du Dr., n° 9, 1964, p. 45, notamment pp. 48-51 ; H. Coing, *Signification de la notion de droit subjectif, in* Arch. Phil. du Dr., n° 9, 1964, p. 1, notamment pp. 10-11.

## Conclusion du chapitre II

159. — Pour conclure, nous croyons que le principe de distinguer entre les fins de non-recevoir liées au fond et les fins de non-recevoir de procédure est valable en soi et correspond à la vérité la plus profonde des choses sous le bénéfice pourtant de deux remarques. D'abord faut-il souligner cet aspect particulier de la relation recevabilité-fond et qui consiste en ce que la recevabilité est le moyen technique pour créer des droits substantiels. D'autre part, les fins de non-recevoir de procédure ne concernent pas les formes de procédure, mais se rapportent au souci d'assurer une marche ordonnée de l'instance vers une solution définitive. Aussi, proposons-nous d'étudier, au chapitre suivant, la notion d'irrecevabilité dans ses rapports avec la théorie de l'action et la théorie de l'instance.

## CHAPITRE III

# *LE DOMAINE D'IRRECEVABILITE*

160. — L'objet principal de ce chapitre est de dégager un critère pour délimiter le champ d'application de la notion d'irrecevabilité. Le point de départ dans notre recherche, comme nous avons eu l'occasion de le souligner maintes fois, est la classification tripartite des moyens de défense en défenses au fond, exceptions de procédure et fins de non-recevoir, classification tirée de la distinction entre les droits substantiels, les formes de procédure et le droit d'action. L'autonomie des fins de non-recevoir apparaît ainsi comme une conséquence logique de l'autonomie du droit d'action. Mais la détermination de la nature et de l'étendue de la corrélation entre l'action et la recevabilité est une des questions les plus difficiles. Comme le dit le Professeur Salvatore Satta, « la théorie de l'action constitue l'un des chapitres les plus tourmentés de la doctrine juridique. On peut dire qu'il y a autant de doctrines de l'action que des auteurs qui s'en sont occupés » (1). A part la difficulté de déterminer quelles sont les conditions de l'action, le défaut de l'une desquelles entraînerait l'irrecevabilité, il reste à rechercher si la notion de recevabilité ne déborde pas le cadre étroit de la théorie de l'action. En effet, on pourrait être tenté de considérer que la recevabilité a un rôle important à remplir, soit pour achever la liaison régulière de l'instance (ce qui fait de la recevabilité une notion très large que nous n'approuvons pas), soit pour en assurer un déroulement ordonné qui réalise le mieux la protection des intérêts respectifs du demandeur et du défendeur. Mais si le concept d'irrecevabilité est constitué par des éléments « *hétérogènes* » se rattachant à la fois à l'action et à l'instance, nous estimons avec MM. Solus et Perrot qu'il « serait cependant injuste de ne pas apercevoir entre les fins de non-recevoir une certaine unité, fondée précisément sur cette idée que tous ont pour but d'étouffer le débat au fond d'une

(1) Satta, *Dir. proc. civ.*, n° 72, p. 97.

manière préalable et d'entraîner l'échec de la demande sans qu'il soit besoin de rechercher si elle est fondée ou si elle ne l'est pas; l'idée d'un obstacle anticipé reste sous-jacente à la notion de fin de non-recevoir » (2).

*Section I :* L'irrecevabilité et l'action.

*Section II :* L'irrecevabilité et l'instance.

## Section I

## L'IRRECEVABILITE ET L'ACTION

161. — La doctrine moderne distingue entre l'action et la demande en justice. L'action est une voie de droit, la demande est l'acte procédural par lequel la voie de droit est mise en œuvre (3). « S'inspirant des conceptions d'Aristote et de Fouillée sur les idées-forces, on a voulu parfois éclairer cette opposition en disant que l'action est une « puissance », une « faculté », alors que la demande en justice constitue la mise en œuvre effective de cette faculté. Autrement dit, la demande en justice est la puissance passée en acte » (4). De cette constatation, on a tiré la conclusion qu'il est inexact de dire qu'une action est irrecevable : « le pouvoir de saisir les tribunaux ne peut pas être irrecevable : il existe ou il n'existe pas; seul est irrecevable l'acte par lequel le juge est saisi, c'est-à-dire la demande en justice elle-même » (5). Mais cela n'empêche pas que la recevabilité est appréciée par rapport à l'action elle-même. Si l'on dit que l'action est irrecevable, on veut tout simplement dire que l'action n'existe pas ou qu'elle ne peut être valablement exercée.

162. — Sous le bénéfice de cette remarque linguistique, il importe maintenant de déterminer les conditions d'existence et d'exercice de l'action. Celles-ci peuvent se concevoir de deux manières : ou bien les conditions de l'action sont identiques aux conditions du droit de fond, ou bien celles-là sont distinctes de celles-ci. La doctrine moderne a finalement revendiqué l'autonomie de l'action et établi que ces conditions sont autre chose que les conditions du droit substantiel. Néanmoins, les controverses continuent pour ce qui concerne la *nature* et le *degré* de cette autonomie.

(2) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 315, p. 293.
(3) Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 38, p. 43.
(4) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 109, p. 109.
(5) Solus et Perrot, *ibid.* ; dans le même sens : Gassin, *La qualité*, Thèse, Aix, 1955, n° 225, p. 167, note 2.

## Sous-Section I

## LES THEORIES QUI CONFONDENT LE DROIT AVEC L'ACTION

163. — La réception du droit romain de Justinien, le triomphe des enseignements des Pandectistes, la codification, sont autant de facteurs qui ont assuré la primauté du droit substantiel sur l'action (6). Cette primauté, qui était de toute évidence, a amené les théoriciens du XIX[e] siècle à envisager les rapports entre le droit et l'action d'une manière un peu confuse. D'une part, on a réduit l'action à un élément du droit et, d'autre part, on a élevé le droit au rang d'une condition nécessaire de l'action. Comme l'a fait remarquer M. Vizioz, (7) ces deux affirmations sont contradictoires : comment, en effet, l'action peut être considérée comme un élément du droit et, en même temps, le droit comme une condition de l'action ?

### § 1. — L'action comme élément du droit, critique.

#### A. — Exposé de la théorie.

164. — On trouve sous la plume de Demolombe l'exposé le plus représentatif de la pensée qui s'est écartée des conceptions du droit romain pour se rallier à une thèse nouvelle d'après laquelle l'action est assimilée au droit. « L'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique. Il est vrai que, dans l'ancien droit romain, l'action intentée créait un droit nouveau et, par suite, une espèce de bien. Le préteur *judicium dabat.* Et c'était là l'action, c'est-à-dire le *jus persequendi in judicio quod nobis debetur.* Ce droit, on ne l'avait pas *de plano* : il fallait l'obtenir du préteur; sous un tel régime, il était, en effet, exact de distinguer le droit lui-même de l'action intentée pour le faire connaître. Mais cette organisation judiciaire... est complètement étrangère à nos mœurs et à nos lois. Aujourd'hui chacun peut exercer ses droits en justice, chacun peut intenter des actions sans permission préalable. Qu'est-ce donc alors seulement que l'action ?... C'est le droit à *l'état d'action,* au lieu d'être à *l'état de repos;* le droit à *l'état de guerre,* au lieu d'être à *l'état de paix* » (8).

(6) Cf. Les remarques de M. R. David, *De l'importance d'études comparatives relatives à la procédure,* in Estudios juridicos in memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 932.

(7) Etudes de procédure, p. 31.

(8) Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* 4[e] éd., 1870, Livre II, Titre I[er], Chapitre I[er], T. IX des Œuvres Complètes, n° 338, cité par Vizioz, *Etudes,* p. 30, n° 1.

165. — Dans la même ligne de pensée, M. Garsonnet définit le droit objectif comme « l'ensemble des règles auxquelles les membres d'une société civilisée sont tenus d'obéir » et le droit subjectif comme « une faculté garantie par la loi », et arrive à la conclusion que « de quelque manière qu'on entende le mot droit, il suppose nécessairement la possibilité d'une contrainte extérieure ». Il conçoit cette « contrainte extérieure » dans la forme « d'un recours à l'autorité judiciaire afin d'obtenir d'elle la reconnaissance du droit contesté ou le respect du droit violé ». Et « on appelle action ce recours sans lequel nous serions dans l'alternative de voir nos droits impunément méconnus ou de nous faire justice à nous-mêmes » (9).

166. — Bien entendu, les formules et les arguments des partisans de la théorie qui assimile l'action au droit varient d'un auteur à l'autre. Un exemple intéressant est fourni par l'enseignement du Professeur Salvatore Satta. Selon M. Satta, « dans la nature des choses, il n'y a pas des droits subjectifs, mais il y a des intérêts qui découlent de certains faits. Seulement dans la mesure où la loi reconnaît et sanctionne ces intérêts, nous pouvons parler des droits » (10). Après cette prémisse, M. Satta s'applique à montrer comment l'action est le moyen pour réaliser la juridicité de l'ordre juridique et comment elle doit être assimilée au droit. Le droit étant un concept concret, il est vain de dire que le droit est droit parce qu'il est assorti d'une sanction. La sanction présuppose l'existence d'un droit et ne constitue pas le droit. L'ordre juridique naît de l'acceptation et de l'obéissance des individus à ses normes. « La raison pour laquelle nous pouvons parler des droits, des obligations, des pouvoirs, et ainsi de suite, est qu'il y a des situations que tous reconnaissent et respectent. Le problème ne se pose qu'au moment où cette acceptation manque. Dans ce cas, l'ordre juridique est en crise : crise de droit objectif et de droit subjectif » (11). Comment mettre fin à cette crise ? Il n'y a qu'un seul moyen : l'action. Dans cette perspective, l'action apparaît comme la demande d'un jugement favorable (12). Ainsi, par exemple, la propriété, l'obligation, n'ont pas une existence réelle et objective, mais plutôt une existence abstraite. Sur le plan du réel, il y a les différents intérêts qui naissent des situations concrètes (exemple : intérêt à recouvrer la dette, à rentrer en possession du meuble ou de l'immeuble). L'action est la demande de la protection de ces intérêts reconnus, elle est « le contenu concret, et le seul contenu de ce que nous appelons droit » (13). Par conséquent, il n'y a pas lieu de considérer l'action comme un droit distinct et autonome du droit (objectif ou sub-

(9) Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité*, T. I, n° 351.

(10) Satta, *Dir. proc. civ.*, n° 72, pp. 99-100.

(11) Satta, *op. cit.*, n° 72, pp. 100-101.

(12) Satta, *op. cit.*, n° 72, p. 101 : *L'azione non è che la postulazione del giudizio favorevole.*

(13) Satta, *op. cit.*, n° 72, p. 102 : *Il diritto ha per suo contenuto unico l'azione.*

jectif). Si l'action était vraiment un droit, elle aurait besoin d'un autre droit pour la sanctionner, et ainsi à l'infini. Mieux vaut donc admettre que le seul contenu du droit, c'est l'action.

167. — Puisque l'action n'est qu'un élément du droit ou le droit n'est autre chose que l'action, des conséquences importantes s'ensuivent :

1° Il n'y a pas de droit sans action. « La loi qui crée un droit n'a pas besoin d'y ajouter expressément une action : par cela seul qu'il existe, elle existe en même temps que lui » (14).

2° Il n'y a qu'une action pour un droit (15).

3° L'action a la même nature que le droit. « Elle est comme lui et, suivant le cas, réelle ou personnelle, mobilière ou immobilière, transmissible ou intransmissible aux héritiers, cessible ou incessible, divisible ou indivisible » (16).

4° « Le nombre des actions est illimité : autant on peut créer de droits par convention, autant il y a d'actions » (17).

5° Les conditions de l'action ne sont autre chose que les conditions du droit. Par conséquent, les conditions de l'action sont toujours des conditions du fond proprement dit et non pas des conditions de recevabilité (18).

### B. — Appréciation critique.

168. — La majorité des auteurs se sont avisés que l'assimilation de l'action au droit ne peut être acceptée ni dans son principe, ni dans ses conséquences. Si la codification et la victoire incontestable du principe de la primauté du droit sur l'action ont encouragé les juristes à anéantir l'autonomie de l'action (l'exemple de Demolombe est typique), la naissance et l'essor d'un contentieux administratif étaient un rappel salutaire aux réalités historiques. L'invention du recours pour excès de pouvoir était une occasion favorable pour remettre en évidence l'idée que l'action c'est avant tout un recours à la justice, et que l'action n'est pas nécessairement le corollaire d'un droit subjectif (19). Il est vrai que le titulaire du droit subjectif a en même temps le pouvoir d'agir. Mais il ne faut pas oublier qu'il y a des droits non assortis d'une sanction, comme c'est le cas de l'obligation naturelle (20). D'autre part, il y a des actions qui ne sont pas fondées sur un droit subjectif; les actions possessoires sont accordées au possesseur et peu

(14) Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité*, T. I, n° 354.
(15) Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 353.
(16) Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 354.
(17) Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 355.
(18) Satta, *op. cit.*, n° 75, p. 106.
(19) *Supra*, n° 158.
(20) MM. Garsonnet et Cézar-Bru admettent cette hypothèse, mais n'y voient qu'une exception au principe, *op. cit.*, n° 352.

importe s'il est propriétaire ou non; le ministère public a le pouvoir d'agir comme partie principale dans les cas qui intéressent directement l'ordre public; l'action en nullité du mariage est accordée à tous ceux qui y ont intérêt sans aucune exigence de justifier d'un droit subjectif. De surcroît, il est inexact de dire que chaque droit est muni d'une seule action (21). Si cela était exact, comment donc expliquer que le propriétaire a non seulement l'action en revendication, mais aussi l'action en réparation du dommage dont sa propriété était l'objet; que le créancier a tout un faisceau d'actions pour lui donner satisfaction : l'action en recouvrement de dette, l'action directe, l'action indirecte, l'action en déclaration de simulation, la saisie-arrêt, etc. Enfin, sans prendre position sur les questions épineuses concernant la nature et la définition de la règle du droit et du droit subjectif (ce sont-là des questions qui ont perplexé et perplexent toujours les philosophes du droit), il suffit pour notre propos de se tenir à l'observation de l'ordre juridique tel qu'il existe. Or, dans cet ordre juridique, l'action a ses propres conditions, qui ne peuvent être considérées comme des conditions du droit substantiel. L'intérêt, la qualité, la capacité, l'absence de chose jugée, l'absence d'une prescription ou d'une forclusion, nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, sont des conditions de l'action qui se distinguent du fond.

169. — Pour éviter une contradiction aussi évidente, M. Satta a adopté un raisonnement subtil : tout en insistant sur le fait que les conditions du droit subjectif et de l'action sont les mêmes, il a admis qu'il ne faut pas perdre de vue cet autre aspect de l'action que constituent ses relations avec le procès par lequel on la fait valoir. « Parce que l'action, dans son contenu, est la demande d'un jugement (favorable) et comme telle a sa propre règle juridique, de caractère procédural, *elle a donc ses propres conditions* » (22). Ces conditions, M. Satta les a divisées en deux catégories :

1° il faut que l'intérêt poursuivi par l'action soit protégé par l'ordre juridique. Par exemple, est irrecevable (*inamissible*) l'action en divorce, l'action en vue de contraindre une personne à conclure un mariage ou à conclure une promesse de vivre en concubinage;

2° les conditions concernant la forme de la demande et la compétence du juge.

Il est évident que, d'une part, M. Satta confond entre l'action-droit (qui seule nous intéresse ici) et l'action-procès. L'action et le procès sont deux notions différentes (23).

D'autre part, il est malaisé de concevoir comment l'action (en tant que pouvoir), qui a ses propres conditions, peut être assimilée au droit substantiel.

(21) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 102, pp. 102-103.

(22) Satta, *op. cit.*, n° 75, p. 107.

(23) Voir nos développements à la section suivante pour la recevabilité dans le cadre de l'instance, Glasson, Tissier et Morel, *Traité*, T. I, n° 189, p. 464.

## § 2. — Pas de droit, pas d'action.

### A. — Exposé de la théorie.

170. — Selon la théorie classique, le droit figure parmi les conditions de recevabilité de l'action (24). « Toute personne, pour pouvoir agir en justice, doit nécessairement avoir un droit, car l'action est une mise en œuvre, cela suppose que l'on a quelque chose à mettre en œuvre, et ce qui peut être mis en œuvre ne peut être qu'un droit » (25). L'action est toujours l'accessoire d'un droit, seulement il arrive quelquefois que l'action met en jeu un droit difficile à déterminer. « Par exemple, dans le cas de demande en rectification d'acte d'état-civil, on ne pourra pas toujours trouver, parmi les droits relatifs à l'état des personnes, un droit portant un nom précis que l'on puisse citer comme mis en œuvre par l'action en rectification. De même, lorsque la loi ouvre ce qu'on appelle une action en nullité (art. 1304 C. civ.), ou une action en déclaration de simulation, on ne trouve pas dans la liste des droits ordinaires portant des noms connus, le droit qui est mis en œuvre par ces actions; comme ces actions existent et qu'il n'y a pas d'action sans droit, il faut cependant bien que le bénéficiaire de ces actions ait un droit. Ce droit, c'est celui de faire déclarer, prononcer ou constater la nullité ou la simulation; peu importe que ce droit ne puisse être désigné que de cette façon, cela ne l'empêche pas d'exister, la liste des droits portant des noms simples et connus n'est pas limitative, au moins en dehors des droits réels » (26). De cela, il apparaît que le fondement de la théorie classique est une acception assez large du droit subjectif antérieur, et peu importe si ce droit subjectif est défini ou non. C'est sur ce point précisément que la théorie classique paraît vulnérable. *La controverse paraît se situer autour de ce qu'il faut entendre par droit subjectif.* Si on accorde au droit subjectif un sens très large, il est tout à fait légitime de soutenir que le droit est une condition de l'action; au contraire, si on donne au droit subjectif un sens étroit et précis, il faut admettre la possibilité de l'existence d'une action en dehors d'un droit subjectif préexistant. Tout au plus, c'est dans ces termes que le problème est envisagé par les auteurs modernes et c'est sous cet angle que la théorie a été vivement critiquée.

### B. — Appréciation critique.

171. — La doctrine moderne est d'accord que le droit n'est pas une condition de l'action (27). Mais c'est là une affirmation trop vague

(24) Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité*, T. I, n° 357, p. 531 ; Japiot, *Les conditions de l'action*, R.T.D.C. 1915, p. 422, n° 2 ; Glasson, Tissier et Morel, *Traité*, T. I, n° 173 ; Cuche, *Précis*, 9e éd., n° 12.

(25) Japiot, *op. cit.*, p. 422, n° 3.

(26) Japiot, *op. cit.*, pp. 423-424, n° 5.

(27) Vizioz, *Etudes*, p. 35 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 27, p. 30 ; Cornu

et trop générale. Pour la prouver, et ensuite pour la préciser, les auteurs sont loin d'être d'accord. Les arguments avancés par eux pour démontrer l'inexactitude de l'adage : *Pas de droit, pas d'action*, peuvent être ramenés à deux idées : l'une concernant la distinction entre le fond de la recevabilité en général, l'autre concernant la précision de la notion du droit subjectif.

### 1. — *L'existence effective d'un droit n'est pas une condition de recevabilité de l'action.*

171 *bis.* — MM. Solus et Perrot ont formulé cet argument avec netteté et force. « L'existence effective du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond ou, en d'autres termes, de son bien-fondé... Pour s'en persuader, il suffit d'imaginer l'exemple classique où le droit allégué n'existe que dans l'esprit du demandeur et où cependant le tribunal a été valablement saisi puisque, précisément, il a rejeté la demande au fond » (28). Pourtant, certains auteurs sont d'avis que l'action peut être gagnée par le demandeur même si celui-ci n'a effectivement aucun droit substantiel subjectif. C'est d'ailleurs cette dernière affirmation qui constitue le nœud de la difficulté et qui mérite d'être examinée attentivement.

### 2. — *L'existence d'un contentieux objectif, le problème de ses limites.*

172. — *a*) Les partisans de la théorie objectiviste nient radicalement l'existence du droit subjectif; pour eux, il n'y a que le droit objectif ou l'ensemble des règles juridiques. L'action ne serait que la mise en œuvre du droit objectif, en dehors de toute considération du droit subjectif (29).

et Foyer, *Proc. civ.*, p. 272 ; Cuche et Vincent, *Précis proc. civ.*, n° 12, p. 20 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 221, p. 195 ; Dabin, *Le droit subjectif*, Paris (Dalloz), 1952, p. 102 ; Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris (Dalloz), 1963, p. 35 ; Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947, n° 37, p. 38 ; *id.*, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de philosophie du droit, n° 9 (Le droit subjectif en question), Paris (Sirey), 1964, p. 220 ; *Adde :* L. Boyer, *Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1947, p. 55 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1949, n° 128, p. 177 ; J. Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pp. 228-233 ; D.M. Moreno, *La accion procesal*, Thèse, Bogota, 1954, pp. 43-53.

(28) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 221, pp. 195-196 ; dans le même sens : Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 273.

(29) L. Duguit, *Tr. de droit constitutionnel*, 3e éd., T. I, § 44, p. 476 ; H. Kelsen, *Théorie pure de droit*, traduction française par Ch. Eisemann, Paris, 1962, pp. 221-222 : « Le pouvoir juridique d'intenter une action consiste dans la compétence attribuée à son titulaire de coopérer à la création de la norme individuelle qui ordonne la sanction prévue contre l'individu qui se comporte contrairement à ses obligations » ; A. Fourneau, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire. Pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse, Aix, 1951, n° 109, p. 135 : « La règle juridique positive est à la base de la voie judiciaire

173. — *b*) Certains auteurs admettent, d'une part, qu'il y a un contentieux objectif dans lequel l'action ne dépend pas d'un droit subjectif substantiel, mais, d'autre part, affirment l'existence d'un contentieux subjectif basé sur l'idée du droit subjectif. L'action dans le contentieux objectif assume un rôle particulièrement important. Les exemples souvent cités du contentieux objectif sont : l'action publique intentée par le ministère public, le recours pour excès de pouvoir formulé par l'administré contre un acte administratif. Et dans le domaine du droit privé, la liste varie d'un auteur à l'autre. M. Roubier dresse une liste assez longue : les actions en responsabilité pour dommage injuste, les actions de *in rem verso*, les actions en nullité d'un acte juridique, les actions en déchéance fondées sur l'expiration d'un délai qui était donné par la loi pour créer ou conserver un droit, les actions en résolution, l'action en divorce, l'action en interdiction, l'action en concurrence déloyale. Dans tous ces cas, estime M. Roubier, l'action existe « en vertu des règles de l'ordre juridique qui, en concédant une action de cette sorte là où n'existait pas de droit antérieur, accorde d'une manière spéciale le droit d'agir en justice » (30).

S'il est aisé de reconnaître le caractère objectif de l'action publique et du recours pour excès de pouvoir, il paraît contestable qu'il y ait un contentieux objectif si étendu en droit privé. Il est intéressant de noter que les actions citées par M. Japiot (31) et celles citées par M. Roubier sont à peu près les mêmes. Pour l'un, un droit subjectif substantiel est toujours sous-jacent à l'action. Seulement, il est difficile de l'identifier et de la classifier. Pour l'autre, il ne s'agit pas seulement d'une difficulté de classification. Ces droits difficiles à cataloguer sont des faux droits qui n'existent que dans l'imagination des partisans d'une tendance générale du subjectivisme exagéré. M. Roubier a pris cette position à la lumière de l'idée qu'il s'est faite du droit subjectif. Il y a un droit subjectif seulement là où il existe « une prérogative appropriée à la manière d'un bien : prérogative qui est en principe transmissible et qui, normalement, comporte la possibilité pour son bénéficiaire d'y renoncer ». « Ces prérogatives — pense M. Roubier — sont munies de protection judiciaire par le canal d'une action en justice, qu'on pourrait appeler aujourd'hui simplement l'action de droit de propriété, ou de droit de créance, ou de droit d'auteur, mais à laquelle on donne un nom spécial » (32). A côté de ces droits « définis », il y a des situations juridiques objectives caractérisées par la prédominance de l'élément du pouvoir ou de charge sur celui de prérogative. L'individu a le devoir de ne pas commettre une infraction pénale, l'administration a le devoir d'observer la légalité,

moderne... La voie judiciaire tend dans l'ensemble à mettre la règle juridique positive en valeur... L'action réalise les finalités de la règle et la voie judiciaire garde encore un important pouvoir créateur de droit positif ». Cf. Michel VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, Arch. phil. dr., 1953-1954, p. 163 et s.

(30) ROUBIER, *op. cit.*, p. 35.

(31) *Supra*, n° 170.

(32) ROUBIER, *op. cit.*, pp. 37-38.

chaque individu est tenu de ne pas causer un dommage injuste à autrui (*neminem laedere*), d'observer les règles d'une concurrence loyale, de ne pas réaliser un enrichissement aux dépens d'autrui. Dans toutes ces hypothèses, et les hypothèses semblables, l'intéressé n'a pas un droit subjectif défini, mais seulement un droit d'agir basé essentiellement sur l'inobservation du devoir (33).

174. — *c*) Pour rendre compte de l'existence d'un contentieux objectif dans lequel l'idée d'un devoir l'emporte sur celle d'une prérogative, et en même temps pour ne pas bannir l'existence d'un droit même au sein du contentieux objectif, M. Gervais (34) a proposé de distinguer entre les droits subjectifs et les « *droits objectifs individuels* ». Cette distinction correspond, sous la réserve de quelques nuances, à la distinction adoptée par M. Roubier entre les droits subjectifs et les situations juridiques objectives. Pour les droits objectifs individuels, M. Gervais admet que « c'est l'obligation qui est établie la première, sous forme de statut général, et le droit ne naît au profit des individus que parce que ce statut, cette obligation ont été établis; le droit n'est plus alors qu'un reflet de ce statut... C'est parce que le droit consacre un régime de responsabilité et une obligation de réparer que les victimes du dommage ont *droit* à exiger une réparation. C'est parce que le droit répartit les compétences à l'intérieur de l'administration, fixe des formes pour les activités administratives, pose des règles de fond pour cette activité, donc crée des obligations à la charge de l'administration, que les administrés ont un droit à la légalité de l'action administrative » (35).

Ainsi les droits objectifs individuels se distingueraient nettement des droits subjectifs pour lesquels « c'est le sujet qui est en premier plan » (36), comme c'est le cas du droit de propriété et le droit de créance. A la lumière de cette distinction, quelle est la place qu'il convient d'accorder à l'action ? « Les droits subjectifs servent eux-mêmes de fondement à l'action en justice mise à la disposition de leur titulaire pour les protéger : l'intérêt qui a été exigé en droit subjectif justifie à la fois la recevabilité de cette action et son bien-fondé, il lui sert en même temps de condition de recevabilité et de moyen de fond » (37). Il n'en va pas de même pour les droits objectifs. Les titulaires de ceux-ci qui veulent intenter une action « vont devoir fonder cette action sur la règle de droit générale protectrice de leurs intérêts; s'ils doivent justifier d'un intérêt personnel pour que leur action soit recevable, celle-ci devra se fonder sur le droit objectif et non sur une prérogative subjective car aucune ne leur est attribuée dans ce cas : l'intérêt n'est qu'une condition de recevabilité de leur action et

(33) ROUBIER, *op. cit.*, pp. 35-37.
(34) A. GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, Mélanges Roubier, T. I, p. 241.
(35) GERVAIS, *op. cit.*, p. 245.
(36) *Ibid.*
(37) *Ibid.*

non un moyen fondant cette action » (38). Cela revient à dire que le droit est une condition de l'action seulement quand il s'agit d'un droit subjectif, mais non quand il s'agit d'un droit objectif individuel.

175. — *d*) M. Motulsky a approuvé, en principe, la distinction proposée par M. Roubier entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif. Nous disons en principe, parce que M. Motulsky croit avec raison qu'en droit privé le contentieux objectif a un caractère tout à fait exceptionnel (39). Pour démontrer cette proposition, M. Motulsky fait recours à l'analyse qu'il adopte de la règle de droit. « Mais ce que je crois, c'est que l'on ne devrait appeler, dans la terminologie juridique, droit subjectif *que ce que la règle de droit reconnaît comme tel.* Or, pour savoir ce qu'elle reconnaît comme tel, il faut s'en rapporter à la *structure* de la règle de Droit, structure que j'appelle *stéréotype*, parce que, une fois construite, toute règle de droit se compose, d'après la terminologie dont j'emprunte l'essentiel à Stammler, d'une *présupposition* suivie d'un *effet juridique*, lequel correspond à l'*impératif* de la règle de Droit. Si donc, une règle de Droit déclare que, « lorsque les conditions de la conclusion d'un contrat de vente sont réunies, le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement du prix », cette règle de Droit attribue au vendeur la faculté de déclencher à son profit l'impératif de la norme; c'est cette faculté que traduit la notion juridique de droit subjectif; et c'est pourquoi j'estime qu'en théorie générale du Droit, il faut se faire de ce dernier une conception *structurale*, qui intègre la notion dans les rouages de la vie du Droit » (40). La relation de l'action avec le droit subjectif n'apparaît que lorsqu'on fait appel « à une autre règle de Droit, ayant trait au processus par lequel s'obtiennent les décisions de justice » (41) (cette autre règle de Droit est l'action) afin que ce droit subjectif puisse faire l'objet d'une décision de justice. Mais est-ce que l'action ne peut fonctionner en l'absence d'un droit subjectif substantiel ? Motulsky répond que c'est concevable, mais à titre exceptionnel, par exemple pour le cas de l'action en nullité absolue du mariage. « La règle de Droit qui régit cette action dispose que, *lorsqu'un mariage a été conclu en violation de certaines normes édictées dans l'intérêt de l'ordre public, la constatation de sa nullité peut être provoquée par tous ceux qui y ont intérêt.* Ici, l'intéressé est bien habilité à déclencher l'impératif de la règle; mais il résulte de la confrontation de cet impératif avec la présupposition que ce n'est pas à son profit que l'intéressé peut le faire jouer, et que ce même intéressé ne peut rien

(38) *Ibid.* Comp. Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, 1960, Chap. V. M. Virally préfère employer le terme de droit individuel pour éviter l'équivoque que suscite le terme de droit subjectif. Il y a lieu de parler de droit subjectif seulement quand le droit tend à réaliser les fins personnelles de son titulaire.

(39) MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 215, spécialement p. 220.

(40) MOTULSKY, *op. cit.*, p. 219.

(41) MOTULSKY, *op. cit.*, p. 220.

exiger des époux, ni de personne. Ledit intéressé peut déclencher le mécanisme de l'impératif à *seule fin* de faire sanctionner une atteinte à la légalité : c'est bien un contentieux objectif, et ici... c'est le règne de l'action en justice isolée : celle-ci n'enveloppe pas de droit subjectif substantiel; elle s'épuise en elle-même » (42). Il n'y a pas un contentieux objectif que là où « la question de légalité pure » se pose, « c'est-à-dire où la seule valeur protégée par la règle de Droit est l'intérêt général » (43). Au contraire, il y a un contentieux subjectif toutes les fois qu'il y a un droit subjectif bien dégagé (exemple : le droit de propriété). « Il en est ainsi quand bien même la situation juridique initiale a un caractère objectif, pour peu que la violation de la règle de Droit déclenche un droit subjectif à réparation ou compensation » (44) (ex. l'action en responsabilité délictuelle qui engendre un droit subjectif à réparation, l'action *de in rem verso* qui engendre un droit subjectif à compensation).

176. — *e*) MM. Solus et Perrot ont critiqué les deux tendances de subjectivisme et d'objectivisme. Leur critique de subjectivisme est modérée. Ils admettent qu'il serait excessif de dire qu'un droit subjectif justifie l'action en simulation ou l'action en responsabilité civile. Ce droit est difficile à caractériser. La vérité est qu'il est imaginé après coup (45). D'autre part, les deux savants auteurs condamnent radicalement l'existence d'un contentieux objectif, tout au moins dans le cadre du droit judiciaire privé. « Tout plaideur qui exerce une action en justice doit nécessairement se prévaloir d'une situation juridique concrète, génératrice en sa faveur d'un droit dont il se prétend titulaire et dont il entend assurer le respect et la sanction... il importe peu, pour schématiser cette idée, qu'on utilise ou non la notion de droit subjectif. Tout au plus, peut-on ajouter que cette terminologie est encore la plus commode et la plus évocatrice » (46).

### C. — Un essai de synthèse.

177. — Pour résumer, on peut dire que tous sont d'accord que le brocard « pas de droit, pas d'action » n'a pas une portée générale et absolue. Mais à part cette position fondamentale, les tendances doctrinales sont extrêmement variées.

178. — 1. D'après une théorie extrémiste, négatoire du droit subjectif et du subjectivisme juridique, l'action est une voie de droit, abstraite et objective, qui ne dépend d'aucun droit subjectif (Duguit, Kelsen).

(42) Motulsky, *op. cit.*, p. 220.
(43) Motulsky, *op. cit.*, p. 222.
(44) Motulsky, *op. cit.*, pp. 221-22.
(45) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 106, p. 107.
(46) *Ibidem ;* Pour la défense du subjectivisme, voy. Dabin, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 17.

179. — 2. D'après une théorie synthétique, il y a un contentieux objectif et un contentieux subjectif. Tout le problème est de délimiter la sphère de chacun d'eux (Roubier, Motulsky).

180. — 3. D'après une théorie de subjectivisme modéré, il n'y a pas un contentieux objectif, au moins en droit privé. L'action tend toujours à la protection d'un droit, peu importe qu'on appelle ce droit un droit individuel, un droit subjectif, ou tout simplement un intérêt juridiquement protégé (Solus et Perrot, Gervais, Dabin).

181. — Tel est l'état actuel de la littérature sur la question des relations entre le droit et l'action. L'essentiel pour notre propos est de souligner que la presque unanimité voit dans l'action autre chose que le droit substantiel et, par cela même, l'autonomie de la notion de recevabilité se trouve affirmée. Pour être complet, il faut essayer de préciser davantage les répercussions des discussions autour de la notion du droit subjectif sur la notion de recevabilité et rechercher en même temps s'il n'est pas possible de trouver, dans cette notion de recevabilité, la clé pour les difficultés concernant le droit subjectif.

182. — 1. Pour les théories négatoires du droit subjectif, la distinction entre le fond et la recevabilité est particulièrement claire : le fond s'identifie avec les règles juridiques ou avec la légalité. La mise en œuvre de la légalité se rattache à l'action et du même coup rentre dans le domaine de la recevabilité. Le fond peut être appelé droit substantiel, mais pas droit subjectif substantiel, puisque, par hypothèse, le droit subjectif n'est pas reconnu comme tel.

183. — 2. Pour les théories qui admettent l'existence d'un contentieux objectif à côté d'un contentieux subjectif, le rôle de la recevabilité varie selon les cas, mais ce rôle est difficile à définir parce qu'on admet la possibilité de l'existence des droits subjectifs. Prenons l'exemple du recours pour excès de pouvoir. Le fond dans ce recours est constitué par le principe de la légalité. Les cas d'ouverture du recours sont les « moyens de fond ». Le recours est bien ou mal-fondé, selon que l'acte administratif attaqué est prouvé légal ou illégal. Donc, définir le fond dans le recours pour excès de pouvoir n'est pas difficile. Mais il n'en est pas de même pour la recevabilité du recours. Certaines conditions de recevabilité se rapportent à la délimitation de compétence de la juridiction administrative pour connaître du recours, par exemple celles relatives à la nature de l'acte attaqué. D'autres conditions se rattachent à la personne du requérant. Surtout celui-ci doit justifier d'un *intérêt personnel et direct*, qui lui donne *qualité* pour demander l'annulation de l'acte. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action populaire ouverte à n'importe qui. Or, cette condition de *recevabilité* a introduit un élément *subjectif* dans le recours *objectif* pour excès de pouvoir. Comment donc qualifier la situation juridique du requérant ? S'agit-il d'un droit subjectif ou non ? On ne peut pas, bien entendu, se défendre de l'impression que la situation juridique requise du requérant ne peut être

comparée à un droit bien défini, bien dégagé et fortement protégé, comme le droit de propriété et le droit de créance. La situation juridique du requérant est en quelque sorte *inférieure* au droit de créance ou droit de propriété. Mais on peut se demander si cela est suffisant pour refuter la qualification de droit subjectif à cette situation. On peut facilement se rendre compte que la querelle est essentiellement une querelle de mots. Les faits à observer sont là : le recours pour excès de pouvoir tend à protéger les intérêts des particuliers, et s'il est vrai qu'on ne peut pas élever ces intérêts au rang des droits subjectifs traditionnels, cela n'empêche qu'ils réunissent les éléments essentiels pour l'existence d'un droit. C'est là un exemple typique du rôle créateur de la recevabilité. Sous cet angle, il est très difficile de distinguer entre le fond et la recevabilité. Mais il est certainement inexact de les confondre. Puisque la recevabilité est le moyen technique pour créer le droit, elle se distingue, du même coup, de ce droit. Le droit et la recevabilité restent donc deux choses différentes. De plus, le fond ne s'épuise pas dans le droit. Le terme de « *fond* » a un sens plus large que celui de « *droit* ». Dans le recours pour excès de pouvoir, le « *fond* » englobe non seulement le « *droit* » que le recours est susceptible de procurer à l'administré, mais aussi les règles concernant la légalité de l'acte (47).

184. — 3. On peut employer la même analyse pour l'action en responsabilité délictuelle. Le fond de cette action est constitué par les conditions de l'établissement de responsabilité qui sont : le dommage subi, le fait dommageable et le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage subi (art. 1382 et s., C. civ.). Mais la question concernant la détermination des personnes qui peuvent intenter l'action en responsabilité est plutôt une question de recevabilité : à y bien réfléchir, il s'agit bien de déterminer les intérêts qui sont dignes d'être protégés par l'action. En d'autres termes, on prend en considération la situation juridique du demandeur, de la même façon (*mutatis mutandis*) que l'on prend en considération la situation juridique du requérant pour excès de pouvoir. On sait que la jurisprudence a précisé progressivement les intérêts méritant la protection juridique : ainsi, par exemple, elle a admis l'action de la femme, de la fiancée, mais non l'action de la concubine, contre le tiers responsable de la mort du mari, fiancé ou amant. La femme mariée acquiert, par le canal de la recevabilité de son action, un droit à obtenir des dommages-intérêts. Qu'on appelle ce droit un droit subjectif ou non, est une question de convenance terminologique. En tout cas, il importe de résister à la tentation de confondre le droit ainsi créé par l'action avec l'action elle-même. Encore faut-il noter que ce droit n'est pas identique au fond (le fait dommageable, la causalité et le

(47) Comp. la définition de l'action, par B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Aix, 1959 : « L'action en justice doit être considérée comme un pouvoir objectif, attribué subjectivement à raison de considérations tenant à la personne et à la situation juridique des plaideurs. »

dommage). Et ce sont là des raisons de plus pour nous convaincre du bien-fondé de la distinction entre le fond et la recevabilité (48).

185. — 4. Les actions possessoires posent un problème délicat. D'une part, il est hors de doute que la possession que ces actions tendent à protéger est un état de fait distinct de la propriété. D'autre part, on ne peut pas s'empêcher de se demander si la protection de la possession n'accorde pas au possesseur qui en profite, un droit. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas perdre de vue que le but primordial de toute action possessoire (et l'histoire prouve cette proposition) est précisément de protéger le propriétaire. S'il arrive quelquefois qu'une personne autre que le propriétaire peut profiter de l'action possessoire, cela reste une hypothèse exceptionnelle mais révélatrice qu'une action peut être accordée en dehors d'un droit subjectif déterminé. On peut donc dire que « *le fond* » dans les actions possessoires reste toujours le droit subjectif de propriété. Et cela explique que dans les cas où la distinction entre la propriété et la possession devient infiniment subtile — et c'est le cas pour les meubles en raison de la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre » (art. 2279, C. civ.) — il n'y a pas de place pour les actions possessoires. Même si l'on se place dans le cadre exclusif des actions possessoires, il n'est pas difficile d'y distinguer les éléments de fond (ce sont surtout les conditions relatives à la possession du demandeur) des éléments de recevabilité (ce sont surtout les conditions relatives au délai pour agir, à la règle de non-cumul du pétitoire et du possessoire).

186. — 5. S'il est difficile dans les actions en nullité d'identifier le droit qu'elles tendent à protéger, on peut néanmoins distinguer entre ses conditions de fond et ses conditions de recevabilité. Les premières se rapportent aux causes d'annulation du contrat (absence ou vice du consentement, absence d'objet, absence de cause, incapacité, etc.). Rentrent dans le domaine de la recevabilité les conditions relatives à la détermination des personnes qui peuvent agir en nullité (en cas de nullité absolue tout intéressé peut agir; en cas de nullité relative, le droit d'agir n'est accordée qu'au contractant dans l'intérêt duquel la nullité est reconnue et à ses héritiers, ayants cause, créanciers chirographaires), au délai pour agir et à l'absence de confirmation.

187. — 6. Dans les actions en divorce, la distinction entre le fond et la recevabilité n'est pas difficile. Au « fond » se rattachent les

(48) Voy. K. LIPSTEIN, *Protected interests in the law of Torts* (1963), Cambridge, L.J., p. 85, qui souligne l'importance des intérêts protégés dans la construction des systèmes de responsabilité délictuelle. Après avoir étudié de ce point de vue les solutions des droits anglais, français et allemand, il arrive à la conclusion que « Whether a general principle of liability for culpable injurious acts or a system of individual protected interests is accepted as the basis of tortious liability, in the end it is necessary to look to the individual situation. The reason is that the range of protected interests changes with the evaluation of those interests in a changing society ».

causes de divorce : l'adultère (art. 229-330, C. civ.), la condamnation de l'un des époux à une peine inflictive et infamante (art. 231, C. civ.), les excès, les sévices et injures graves (art. 232, C. civ.). A la recevabilité se rattache l'absence de reconciliation (art. 244, C. civ.) et l'absence de « la complicité morale de l'époux demandeur dans les faits qu'il reproche à l'autre » (49). M. Carbonnier a cité deux exemples typiques de l'absence de complicité morale : 1° la connivence active de l'époux demandeur dans l'adultère de l'autre : « le mari qui prostitue sa femme ne saurait être admis à tirer de là une cause de divorce » (50) ; 2° l'approbation donnée par le demandeur sous l'article 231, C. civ. aux faits pour lesquels l'autre a été condamné. On peut noter que l'idée de contradiction est sous-jacente à la fin de non-recevoir tirée de la « complicité morale » et ainsi, cette fin de non-recevoir se rapproche, dans son mécanisme sinon dans son fondement, de l' « *estoppel* » (51) du droit anglais ou du « *tanakod* » (52) du droit musulman.

De l'analyse précédente, il ressort que l'action en divorce repose sur un droit dont l'étendue est tracée par la notion de cause de divorce. Le jeu des effets réciproques du droit et de l'action peut être mis en évidence par l'analyse de l'action en divorce en droit italien et en droit musulman. On sait que le droit de divorce n'est pas reconnu en droit italien. Certains auteurs pensent que l'action en divorce entre citoyens italiens est irrecevable, « *inamissible* », parce que le juge ne peut pas prononcer le divorce (53). Mais, à la vérité, il ne s'agit pas là d'un cas d'irrecevabilité, car le fond s'épuise dans le principe juridique qui interdit le divorce (54). En droit musulman, on sait que le mari a le droit de « répudier » sa femme par sa seule déclaration de volonté. Si le mari intente l'action en divorce, son action est irrecevable, précisément parce que son droit de répudier est absolu. Le mari n'a aucun intérêt à requérir du juge de prononcer ce que lui-même peut faire. C'est là un exemple intéressant de la répercussion du fond sur la recevabilité.

188. — On peut multiplier les exemples et démontrer comment, dans chaque cas d'espèce, le fond peut être distingué de la recevabilité. A la lumière de la discussion précédente, on peut généraliser et dire que, quelle que soit l'idée qu'on se fait du droit subjectif, il est certain qu'en fin de compte les intérêts s'apprécient par rapport aux individus, que l'action joue un rôle important dans la création et la formulation des droits, que le droit n'est pas une condition de l'action, et qu'ainsi, en dernière analyse, l'autonomie des conditions de

(49) Carbonnier, *Droit civil*, T. I, § 129, p. 416.
(50) Carbonnier, *op.* et *loc. cit.*
(51) *Supra*, n° 95.
(52) *Supra*, n° 35.
(53) Liebman, *Lezioni di dir. proc. civ.*, T. I, n° 12, p. 42.
(54) Cf. de Stefano, V° *Azione civile*, Nssmo, D. It., T. II, p. 54, n° 8.

recevabilité par rapport aux conditions de fond se trouve pleinement justifiée.

## Sous-Section II

## LES THEORIES QUI DISTINGUENT ENTRE L'ACTION ET LE DROIT

### (les théories dualistes)

189. — On a vu, dans la sous-section précédente, que s'il est vrai que l'action est autre chose que le droit, il n'en reste pas moins vrai qu'entre le droit et l'action il y a des rapports très étroits. Ces rapports n'apparaissent pas seulement dans l'appréciation des conditions de l'action (cf. la deuxième partie de cette thèse), mais aussi dans la classification des actions en actions mobilières et immobilières, réelles et personnelles, selon qu'il s'agit d'un droit mobilier ou immobilier, ou d'un droit réel ou personnel (55). Il importe donc de préciser, d'une part, que l'action n'est pas un pouvoir abstrait démuni de tout rapport avec le droit et, d'autre part, que l'action, bien qu'en étroite liaison avec le droit, n'est pas la demande d'un jugement favorable. *A la vérité, l'action n'est que le pouvoir de réclamer un jugement sur le fond, soit favorable ou non.*

### § 1. — La faculté de libre accès aux tribunaux ne doit pas être confondue avec l'action.

190. —MM. Glasson et Tissier ont écrit que « toute personne a la faculté de soumettre aux tribunaux organisés par la loi les demandes qu'il lui plaît de formuler. Chacun est libre de porter devant les juges ses prétentions bien ou mal-fondées, même insoutenables. Le tribunal saisi est tenu de les juger s'il est compétent et, s'il est incompétent, il est tenu de statuer pour déclarer son incompétence. Le droit d'agir en justice, entendu dans ce sens, n'est pas un droit privé; c'est un droit public, une liberté publique. Il en est de même de la libre défense en justice; il en est de même aussi du droit d'exercer contre les jugements les recours ouverts par la loi » (56). Mais il est important d'observer que l'action ne s'épuise pas dans la simple faculté de recourir à la justice, chaque personne en effet a cette faculté. La personne qui prétend exercer une action, laquelle par la suite est déclarée

(55) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 105, p. 104 ; n°s 120 et s., p. 117 et s.

(56) Glasson, Tissier et Morel, T. I, n° 170, p. 417 ; v. aussi B. Boccon-Gibbod, *De la transformation de la procédure sous l'influence de la jurisprudence et de la pratique*, Thèse, Paris, 1936, pp. 134-135.

irrecevable, ne peut être considérée comme ayant exercé une action. Evidemment, l'existence de l'action suppose la réunion de ces éléments (57).

### § 2. — L'action n'est pas le pouvoir de réclamer un jugement favorable.

191. — Certains auteurs italiens ont insisté sur le fait que l'« *ammissibilità dell'azione* » présuppose le pouvoir d'obtenir un jugement favorable. La recevabilité donc implique le succès au fond. Il s'agit, en effet, d'une autre formule de l'adage « Pas de droit, pas d'action » que nous avons critiqué plus haut (58).

## Section II

## L'IRRECEVABILITE ET L'INSTANCE

192. — La recevabilité doit être distinguée de « *la liaison de l'instance* ». Les doctrines italienne (59) et allemande (60) parlent des présupposées procédurales : « *presupposti processuali, Prozessvoraussetzungen* ». On cite souvent parmi ces présupposés, la compétence du juge, les parties, la demande, les formalités nécessaires pour lier l'instance. Certains auteurs italiens pensent que le défaut de l'un de ces présupposés entraîne l'irrecevabilité, « *inammissibilità* » (61).

(57) Liebman, *Lez. dir. proc. civ.*, T. I, n° 7, pp. 23-24.

(58) *Supra*, n° 168, Liebman, *op. cit.*, n° 7, p. 23 ; Liebman, V° *Azione* (*Teoria moderna*), Nssmo, D. It., T. II, n° 28. Plus ou moins dans le même sens : Garbagnati, *Sostituzione processuale*, Milan, 1942, p. 111 ; Furno, *Digesto sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Florence, 1942, Appendice, p. 303 et s. ; Jaeger, *Dir. proc. civ.*, Turin, 1944, p. 94 ; Monacciani, *Azione e legittimazione*, Milan, 1951, p. 48 et s. ; Attardi, *L'interesse ad agire*, Padoue, 1955, p. 72 ; Mandrioli, *L'azione esecutiva*, Milan, 1955, p. 245 ; Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milan, 1957 ; Segni, *L'unità del processo*, Riv. ital. scienze giuridiche, 1954, p. 217 et spécialement p. 221, cités par Liebman, *ibid.*

(59) Voy. *infra*, note 61.

(60) Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 8e éd., Munich, 1960, p. 424 et s., et les références citées en note (1).

(61) Voy. A. Luco, V° *Inamissibilità e improcedibilità*, Nsso. D. It. T. VIII, n° 1 ; Prima di giudicare sulla domanda, il giudice deve accertare se sussistono le premesse richieste e questo giudizio, logicamente preliminare, deve esaminare se siano state osservate le norme che regolano il processo e che sono rivolte a lui stesso, a differenza delle norme di diritto sostantivo che regolano il rapporto giuridico dedotto in lite. Così dovrà accertare anzitutto se sussiste la propria competenza, se la domanda è stata proposta da un soggetto capace o regolarmente rappresentato o assistito, se quella domanda è valida e la citazione è stata regolarmente notificata al convenuto, se è avvenuta la costituzione delle parti o di almeno una di esse in giudizio, ecc. Questo complesso eterogeneo di atti e di situazioni processuali che costituiscono la premessa necessaria per la pronuncia sulla domanda

Mais des autres auteurs se sont rendu compte que c'est là une vue très schématique, qu'il n'est pas concevable de donner à l' « *inammissibilità* » un sens aussi large et qu'il faut réserver une place à part à l'*inammissibilità* basée sur le défaut de l'une des conditions de l'action (62).

193. — La doctrine française n'a pas suivi la théorie allemande du « *Prozessvoraussetzungen* », mais on constate en maints domaines une certaine imprécision terminologique qui donne l'impression qu'en droit français aussi on accorde à la recevabilité un sens large qui englobe tous les éléments et les conditions nécessaires pour lier l'instance. Nous essaierons de montrer comment, même dans le cadre de l'instance, l'irrecevabilité reste une notion autonome ayant ses propres limites.

## Sous-Section I

## LA RECEVABILITE DE L'ACTION ET LA VALIDITE DE LA DEMANDE

194. — Il faut distinguer entre la recevabilité de l'action et la validité de la demande : le défaut de l'une des conditions de l'action est sanctionné par une fin de non-recevoir; le défaut de l'une des conditions de validité de la demande ou de n'importe quel autre acte de procédure est sanctionné par une nullité de procédure qui donne lieu à une exception de procédure et non à une fin de non-recevoir. Il est vrai qu'on a tendance souvent à dire que l'acte nul est irrecevable : mais c'est là une inexactitude de langage. Il est utile de réserver au terme d'irrecevabilité un sens précis et technique : il ne faut pas lui accorder un sens si large qui englobe aussi la notion de nullité (63).

si indicano col nome di presupposti processuali... Quando il giudice riconosce il difetto di un presupposto processuale deve ritenere inammissibile la domanda, che conclude il processo senza decidere sul fondamento della domanda... L'inammissibilità per motivi processuali va tenuta distinta dalla diversa ipotesi... attinente alla sussistenza dei requisiti dell' azione... L'accertamento di alcuni di questi requisiti, quali la leggittimazione della parte o l'interesse ad agire, è logicamente preliminare rispetto alla questione di fondo proposta in giudizio. Tuttavia investe il merito e pregiudica l'azione. Infatti, quando il giudice nega che una parte sia legittima o abbia interesse ad agire rispetto ad una determinata controversia, dà una risoluzione della lite, che spiega effetti fuori del processo ed è idoneo ad assumere autorità di giudicato ». M. Lugo estime que les conditions de l'action se rattachent au fond, et à leur égard il faut parler d'*improponibilità* au lieu d'*inammissibilità*. Dans le même sens : E. Redenti, *Dr. proc. civ.*, T. II, p. 21, cité par Lugo, *op.* et *loc. cit.* Quand la cause d'irrecevabilité est postérieure à l'introduction initiale de l'instance, la doctrine italienne préfère parler d'*improcedibilità*, Lugo, *op. cit.*, n° 2.

(62) T. Siciliani, V° *inammissibilità*, in N.D. Tt., n°s 2-4.

(63) Cf. Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n°s 412 et s., p. 375 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 424 ; Siciliani, V° *inammissibilità*, N.D. It., n° 2, *Adde :*

## Sous-Section II

## L'IRRECEVABILITE ET LA DECHEANCE

195. — On a coutume de traiter des délais de procédure à côté des formes procédurales (64). Il est vrai que la rigueur des délais de procédure donne l'impression qu'il s'agit d'un formalisme. Mais ces délais de procédure, en tant que *délais* doivent être rapprochés des autres délais, c'est-à-dire des délais de forclusion et de prescription. Ce qui est vraiment en question, c'est le problème plus général d'apprécier et de mesurer les effets du laps de temps par rapport aux actes de l'homme, soit qu'il s'agisse de l'exercice d'un droit, d'une faculté ou d'un acte de procédure (65). Cela justifie de différencier les délais de procédure des autres formalités procédurales qui, elles, sont sanctionnées par une nullité, tandis que les délais de procédure sont sanctionnés par une fin de non-recevoir (66).

## Sous-Section III

## L'IRRECEVABILITE DANS LES INSTANCES DERIVEES

196. — Il faut distinguer entre les conditions de recevabilité d'une voie de recours et ses conditions de validité. Les conditions de recevabilité proprement dites concernent les délais dans lesquels la voie de recours doit être formée, les jugements susceptibles d'être attaqués, les personnes qualifiées pour attaquer le jugement, bref tout ce qui concerne le pouvoir des intéressés pour être parties dans l'instance dérivée. Il faut observer que le pouvoir du juge de décider l'instance dérivée a trait aux règles de l'organisation judiciaire et, techniquement parlant, ne concerne pas la recevabilité de la voie de recours.

De Bieville, *Les nullités de procédure en matière civile*, Thèse, Paris, 1944, p. 9. Cet auteur considère que le droit, la qualité, l'intérêt et la capacité sont les conditions de fond de la validité de l'acte. Mais la vérité est que ces conditions sont des conditions de l'action et non de l'acte. Wali, *La théorie des nullités en droit de procédure*, Thèse, Le Caire, 1958 (en arabe), n° 207, p. 387, a remarqué qu'il importe de ne pas confondre les conditions de validité de l'acte de procédure avec les conditions de l'action. Il faut noter que la violation de la règle « Nul en France ne plaide par procureur » est sanctionnée par une nullité de procédure et non par une fin de non-recevoir. Il y a une jurisprudence constante dans ce sens. Voy. par exemple : Civ., 24 novembre 1875, S. 76.1.166 ; Req. 8 mars 1892, S. 92.1.443 ; Civ. 9 février 1921, S. 1921.1.350 ; Paris, 15 octobre 1962, D. 1963, Somm. 24.

(64) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 327, p. 306 ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1942, p. 311.

(65) *Infra*, 2e partie, Chapitre IV.

(66) Voy. *Sur la distinction entre la nullité et la déchéance*, Sallé de la Marnierre, R.T.D.C. 1933, p. 1063 et s.

## Sous-Section IV

## L'IRRECEVABILITE EST LE MOYEN TECHNIQUE POUR MAINTENIR L'INSTANCE DANS UN CERTAIN CADRE : LE PRINCIPE DE L'IMMUTABILITE DU LITIGE (67)

197. — A supposer l'action recevable et l'instance liée, il peut arriver que l'une des parties juge bon de modifier sa prétention. Les moyens pour réaliser cette modification est la demande additionnelle s'il s'agit du demandeur, et la demande reconventionnelle s'il s'agit du défendeur. Chacune des parties peut également appeler en cause une tierce personne pour faire prononcer une condamnation contre lui ou pour déclarer le jugement commun. De plus, des tiers intéressés peuvent intervenir dans un litige pendant. Ces changements dans les personnes ou le contenu de l'instance posent des questions délicates. En général, les règles détaillées qui gouvernent ces matières sont destinées à réaliser un compromis équitable entre les différents intérêts. Or, le moyen technique pour atteindre ce but est précisément l'irrecevabilité. C'est ainsi qu'on parle justement de la recevabilité des demandes additionnelles, des demandes reconventionnelles, de l'intervention. Il est à remarquer que le pouvoir de formuler ces différentes demandes est un aspect du pouvoir d'action. Mais il ne faut pas oublier que le problème de la recevabilité de ces demandes ne se pose que parce qu'une instance est déjà liée. C'est là un aspect très intéressant du rôle de l'irrecevabilité par rapport à l'instance.

## Sous-Section V

## L'IRRECEVABILITE ET L'INCOMPETENCE

198. — On a souvent tendance à confondre l'incompétence avec l'irrecevabilité. Mais ce sont là deux notions différentes. L'incompétence concerne le défaut du pouvoir du juge de connaître de l'action pour des raisons ayant trait à l'organisation judiciaire. L'irrecevabilité, elle, sanctionne le défaut du pouvoir de la partie d'intenter l'action (68). Ainsi, le moyen tiré d'une immunité de juridiction est considéré comme une fin de non-recevoir parce qu'il tend à obtenir du juge

(67) Voy. P. Azard, *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Thèse, Paris, 1936 ; P. Boyreau, *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, Thèse, Bordeaux, 1945.

(68) Voy. Fourneau, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire privé pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse, Aix, 1951, nos 163 et s. ; Hébraud, obs. R.T.D.C. 1964, p. 596. *Adde :* I. F.L. Shihata, *The Power of the International Court to determine its own Jurisdiction*, La Haye, 1965, pp. 107-112.

français non pas une déclaration d'incompétence, mais une déclaration du défaut de juridiction. Il n'y a pas d'action contre la personne qui jouit d'une immunité de juridiction conformément aux règles de droit international (69).

(69) Nancy, 18 mai 1961, J.C.P. 1961.II.12421, note J.A. Voy. pour la relation entre la juridiction et l'action : *supra*, nos 152-153.

## Conclusion du chapitre III.

199. — Le critère de la notion d'irrecevabilité doit être cherché dans le cadre de deux théories de l'action et de l'instance.

L'action est distincte du droit substantiel, l'irrecevabilité est la sanction procédurale du défaut de l'une des conditions d'existence ou d'exercice de l'action en justice. La détermination du domaine de l'irrecevabilité dans le cadre de l'instance ne présente pas de difficultés : l'irrecevabilité est autre chose que la nullité ou l'incompétence. Le caractère essentiel de l'irrecevabilité est qu'elle peut servir comme un empêchement à l'examen du bien-fondé de la prétention déduite en justice.

## Conclusion de la première partie.

200. — L'étude du droit comparé nous a révélé que, seul, le droit français a connu la terminologie de recevabilité en tant que notion distincte du bien-fondé et de la validité des formes procédurales. Cette terminologie a pris racine dans l'Ancien Droit français. L'occasion de sa naissance était la tentative de classifier les moyens de défense. Après une longue période d'hésitation et de tâtonnement, la doctrine avait dégagé une notion assez claire de recevabilité. Toute la confusion en la matière venait du fait que la doctrine a essayé de trouver le critère des fins de non-recevoir dans leurs effets et dans leur objet tout à la fois. C'est là assurément une grave erreur : seul est à retenir le critère basé sur l'objet du moyen. Nous avons vu que cet objet est constitué par le droit d'action et par les éléments de l'instance qui ne sont pas des pures formalités procédurales.

C'est à la démonstration de la validité de ce critère que va s'attacher notre deuxième partie.

## DEUXIEME PARTIE

# LA FONCTION DE LA NOTION D'IRRECEVABILITÉ

201. — Nous avons vu que, malgré leur caractère hétérogène, les fins de non-recevoir constituent une catégorie juridique autonome. Ayant cette autonomie présente à l'esprit, on peut la démontrer à propos de chaque cas d'espèce. Il va de soi qu'il ne peut être question ici d'entreprendre un tel travail casuistique. Les fins de non-recevoir dans une action en divorce sont différentes des fins de non-recevoir dans une action en désaveu ou dans une action en réclamation d'état. En effet, les causes d'irrecevabilité sont extrêmement variables.

202. — Plusieurs classifications ont été suggérées. Une première classification consiste à opposer les fins de non-recevoir *générales* (l'intérêt, la qualité, la prescription, etc.) aux fins de non-recevoir *spéciales* (1) (par exemple : la fin de non-recevoir tirée de la réunion de fait entre les époux [art. 313, al. 3 C. civ.] dans l'action en désaveu). Mais on ne peut adopter cette classification, puisqu'elle ne permet pas d'éviter un exposé casuistique. Une autre classification consiste à opposer les fins de non-recevoir *légales* (l'intérêt, la qualité, la prescription, etc.) à celles d'origine *conventionnelle* (clauses attributives de compétence, conventions sur la preuve, sur la durée du délai de prescription). (2). Une troisième classification consiste à distinguer entre trois sortes d'irrecevabilité. Une irrecevabilité tenant à la personne du sujet qui agit (l'intérêt, la qualité) ; une irrecevabilité tenant à l'objet de la demande (la chose jugée, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), et enfin une irrecevabilité découlant de l'expiration

(1) Cf. Cuche et Vincent, *Précis, proc. civ.*, n° 12.
(2) Hébraud, obs. R.T.D.C. 1952, p. 254.

d'un délai (3). Cette classification, elle aussi, ne peut être acceptée parce que, comme l'ont très bien fait remarquer MM. Solus et Perrot, « ce n'est pas, *stricto sensu*, l'opposition entre l'objet de la demande et la personne du demandeur qui marque la différenciation entre les deux groupes de conditions (c'est-à-dire les conditions objectives et les conditions subjectives) de recevabilité. L'intérêt, par exemple, se rattache tout à la fois à la personne du demandeur et à l'objet du litige » (4).

203. — Nous avons préféré exposer les causes d'irrecevabilité sous les étiquettes traditionnelles : l'intérêt, la qualité et la capacité, les prescriptions, la forclusion et la déchéance, et l'autorité de la chose jugée. Ce qu'il y a de nouveau dans la méthode d'exposition que nous avons choisie est la mise en relief de la notion de contestation en tant que condition de recevabilité de l'action. Ceci nous aidera à mieux apprécier le rôle créateur de la recevabilité (à propos justement du caractère juridique de la contestation) et en même temps d'apporter des précisions nouvelles aux notions voisines d'intérêt et de qualité.

CHAPITRE I. — *La contestation.*

CHAPITRE II. — *Le titulaire de l'action* (*la qualité et la capacité*).

CHAPITRE III. — *Le laps de temps.*

CHAPITRE IV. — *La chose jugée.*

(3) CUCHE et VINCENT, *Précis proc. civ.*, n° 12 *bis*, n° 20 *bis*, n° 20 ter ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1940-1941, p. 313.

(4) SOLUS et PERROT, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 222, p. 198.

## CHAPITRE PREMIER

# *LA CONTESTATION*

204. — La contestation peut être considérée comme une condition de recevabilité de l'action. Nous avons vu que les juristes musulmans s'accordent qu'« en l'état de paix, il n'y a pas d'action » (1). Le droit anglais connaît le même principe : *L'infringement of a right* est, en général, une condition requise pour la recevabilité de l'action (2). La majorité de la doctrine française s'accorde que c'est l'existence d'une contestation qui justifie l'intervention juridictionnelle du juge (3).

Sur ce principe, il n'y a pas de difficulté : on sait que la fonction essentielle du juge est de trancher les litiges entre les justiciables, c'est-à-dire trouver une solution juridique pour les conflits d'intérêts (4).

(1) *Supra*, n° 27.

(2) *Supra*, n° 96.

(3) Japiot, *Les conditions de l'action*, R.T.D.C. 1915, n° 6, pp. 425-426 ; Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris 1934, n° 6, p. 22 ; Larzycki, *La demande en justice*, Thèse, Caen 1937, p. 40 et pp. 49-51 ; Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, Rev. dr. public, 1942, p. 93, spécialement p. 95 ; J. Malibeau, *De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels*, Thèse, Paris 1943 ; P. Lampué, *La notion d'acte juridictionnel*, Rev. dr. public, 1946, p. 57 ; P. Hébraud, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*. A propos de la condamnation pénale, Rec. de l'Académie de législation de Toulouse, 1949, p. 131, spécialement p. 206 ; R. Merle, *L'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse 1949, n°° 61 et s. ; De Soto, *La notion de juridiction*, Chr. D. 1956, p. 45, spécialement p. 46 ; Auby et Drago, *Tr. de contentieux administratif*, T. I, Paris 1962, n° 2, p. 2 ; Debbasch, *Proc. adm. contentieuse et proc. civ.*, Paris 1962, p. 243 ; De Laubadère, *Tr. élém. dr. administratif*, T. I, 1963, n° 352, p. 182 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 31 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n° 481, p. 441 ; Cuche et Vincent, *Précis proc. civ.*, n° 59.

(4) Cf. Ch. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, *in* La justice, 1961 (P.U.F.), p. 11 et s.

205. — Mais comme il arrive souvent avec les notions élémentaires, la notion de contestation pose des difficultés énormes dès qu'on procède à en définir le contenu et à en déterminer les caractères.

206. — Il importe de noter que la notion de contestation peut avoir des sens différents selon le contexte dans lequel la notion est utilisée. Quelquefois, le mot contestation est employé dans le sens d'un litige. On analyse le litige en trois éléments : la cause, l'objet et les parties. Par rapport à ces trois éléments, on peut décider si deux litiges sont identiques ou connexes ou différents. Le mécanisme de plusieurs institutions du droit judiciaire dépend, en effet, d'une telle analyse : par exemple, l'autorité de la chose jugée, la recevabilité des demandes additionnelles, l'irrecevabilité des demandes nouvelles, l'exception de litispendance et l'exception de connexité. Ce n'est pas ce sens du litige qui nous occupera dans le présent chapitre.

207. — La contestation a attiré l'attention de la doctrine à un autre titre : une grande partie de la doctrine a cru trouver dans la contestation le critère de l'acte juridictionnel pour le distinguer des actes administratifs et des actes législatifs.

A défaut d'une contestation, la décision du juge ne peut être intégrée dans la catégorie des actes juridictionnels. L'existence d'une contestation donne lieu à une décision *contentieuse,* tandis qu'en l'absence d'une contestation, la décision du juge est *gracieuse* (5).

Sans entrer ici dans les détails des controverses concernant le critère de l'acte juridictionnel, il suffit de souligner que la jurisprudence tend à élargir le sens de contestation pour faire bénéficier du régime des actes juridictionnels le plus grand nombre des décisions du juge (6). En tout cas, on peut constater un rapprochement progressif entre le régime juridique des décisions juridictionnelles et le régime juridique des décisions gracieuses (7). C'est ainsi qu'il est maintenant admis que les décisions gracieuses peuvent jouir de l'autorité de la chose jugée (8) et peuvent être attaquées par les voies de recours (9).

(5) Voy. Maurice Planiol, *Caractères et effets des décisions rendues en matière de juridiction gracieuse,* Thèse, Caen 1913 ; R. Guilmard, *La notion de juridiction gracieuse,* Thèse, Caen 1913 ; A. Henry, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse,* Thèse, Nancy 1913 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.,* T. I, n° 482, p. 442 ; Cuche et Vincent, *Précis proc. civ.,* n° 73.

(6) Voy. par exemple : Agen, 2 mars 1936, D.H. 1936.258 ; Paris, 20 décembre 1941, J.C.P. 1942.IV, édit. avoués, n° 58, obs. Madray, R.T.D.C. 1943, p. 63, obs. P. Raynaud ; Riom, 25 novembre 1946, J.C.P. 1947.II.3999, R.T.D.C. 1948, p. 95, obs. Vizioz.

(7) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.,* T. I, n° 496, p. 457.

(8) Hébraud, *Commentaire sur la loi du* 15 *juillet* 1944, D. 1946, L. 343, 1re col. ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1947, p 82 et 1948, p. 95. Comp. MM. Solus et Perrot qui estiment qu'il n'est pas nécessaire de faire appel à l'autorité de la chose jugée pour expliquer la permanence de certaines décisions judiciaires : il suffit d'évoquer l'analogie des actes administratifs pour comprendre pourquoi la décision gracieuse ne peut être rétractée librement, *Dr. jud. pr.,* T. I, n° 498, p. 460.

(9) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.,* T. I, nos 500 et s. ; P. Raynaud, obs. R.T.D.C. 1942, p. 231 ; 1943, p. 63 ; 1958, p. 306 ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1943, p. 279 ; 1945, p. 209 ; 1947, p. 82 et p. 218.

Certains auteurs ont soutenu que, même en matière gracieuse, l'existence d'une contestation est à la base de l'intervention du juge. Lorsque le juge homologue une transaction ou autorise la conclusion d'un contrat, l'homologation ou l'autorisation apparaît comme une mesure de nature à éviter toute contestation dans l'avenir. Le fondement de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse est donc le même : « Nul ne peut se faire justice à soi-même » (10). Ce rapprochement entre les décisions gracieuses et les décisions contentieuses ne doit pas nous inciter à perdre de vue les différences qui existent entre les unes et les autres (11). Même si on admet qu'une sorte de contestation est à la base de la décision gracieuse, il faut reconnaître qu'une telle contestation n'a pas le même degré d'acuité : le but de la décision gracieuse n'est pas de trancher un litige né et actuel, mais de fournir un élément de sécurité en nécessitant l'intervention préalable du juge pour qu'un certain acte ou fait produise des effets juridiques (12).

208. — A la lumière de ces considérations générales, nous proposons de définir la contestation en tant que condition de recevabilité de l'action et ensuite, nous essaierons de déterminer ses caractères. Enfin, quels que soient les caractères de la contestation, le remède sollicité doit présenter une certaine utilité pour le plaideur.

*Section I* : Le sens et la nécessité de la contestation.

*Section II* : Les caractères de la contestation.

*Section III* : L'utilité que doit présenter la solution de la contestation.

## Section I

## LE SENS ET LA NECESSITE DE LA CONTESTATION

### Sous-Section I

### L'OPINION DOMINANTE EXIGE UNE CONTESTATION

209. — L'opinion dominante en droit français exige l'existence d'une contestation ou d'un litige pour justifier l'intervention juridictionnelle du juge. Ainsi, le Doyen Bonnard a-t-il écrit (13) : « L'in-

(10) R. Merle, *L'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse 1949, p. 108.
(11) Cf. Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 501, p. 466.
(12) Cf. Merle, *L'acte déclaratif*, pp. 109-110.
(13) Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris 1934, n° 6, p. 22.

tervention de la fonction juridictionnelle a pour condition première et essentielle une situation contentieuse. Cette situation contentieuse constitue le motif de l'intervention de la fonction ». Selon M. Japiot (14), « il faut que le titulaire ne retire pas de son droit tous les avantages qu'il devait en retirer, pour que ce titulaire ait la faculté de s'adresser à la justice, car les juges ont pour fonction de trancher les contestations et il n'y a pas de contestation si l'exercice du droit n'est pas entravé par autrui. Seulement, cette entrave pourra consister dans des faits très divers et parfois on se montre très peu exigeant à ce point de vue » (15). MM. Cornu et Foyer sont d'avis que le litige est un des postulats du procès. « L'expérience révèle et les textes confirment, écrivent-ils (16), que les procès ont, la plupart, pour antécédent un désaccord entre les sujets de droit sur le règlement de leurs intérêts ». M. Debbasch, partant de l'idée que l'instance doit avoir un intérêt, arrive à la conclusion que (17) « l'intervention du juge ne se légitime que parce qu'une question litigieuse se pose, l'existence de la contestation donne un but à l'instance et lui confère son caractère contentieux ». MM. Solus et Perrot admettent que (18) « l'existence d'un litige est sans doute une condition nécessaire sans laquelle une activité juridictionnelle ne se conçoit pas ».

### Sous-Section II

## LA THEORIE QUI NIE LA NECESSITE D'UNE CONTESTATION : CRITIQUE

210. — Une tendance dans la doctrine se montre pourtant hostile à considérer la contestation comme un élément dans le contentieux et comme une condition justifiant l'intervention juridictionnelle du juge. A la tête de cette tendance, figurent Duguit (19) et Vizioz (20)

(14) Japiot, *Les conditions de l'action*, R.T.D.C. 1915, n° 6, pp. 425-426.

(15) Dans le même sens, Carnelutti, *Diritto e processo*, Naples, 1928, p. 54 ; Lepaulle, *Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit*, R.T.D.C. 1934, p. 773, spécialement p. 778 ; Larzycki, *La demande en justice*, Thèse, Caen 1937, p. 40 et pp. 49-51.

(16) Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 31.

(17) Debbasch, *Proc. adm. cont. et proc. civ.*, p. 243 ; Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1962, T. I, n° 2, p. 2, « l'existence d'un litige constitue la condition nécessaire pour l'intervention du juge et doit être regardée comme un élément indispensable de la définition du contentieux ».

(18) Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n° 481, p. 441.

(19) Cf. P. Hébraud, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale*, Rec. de l'Académie de législation de Toulouse, 1949, p. 131, spécialement p. 206 ; Lampué, *La notion d'acte juridictionnel*, Rev. dr. public, 1946, p. 6, spécialement p. 57 ; De Soto, *La notion de juridiction*, Chr. D. 1956, p. 45, spécialement p. 45 ; J. Malibeau, *De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels*, Thèse, Paris, 1943, p. 94 ; Duguit, *Droit constitutionnel*, 2e éd., T. II, p. 413.

(20) Vizioz, *Etudes de procédure*, p. 108 et s.

en France, et Chiovenda (21) et Calamandrei (22) en Italie.

L'argument principal de cette opinion consiste en ce qu'il est en fait certaines interventions juridictionnelles qui ne sont pas précédées par aucun litige. C'est le cas notamment du contentieux répressif quand le prévenu ne nie pas sa culpabilité et du recours pour excès de pouvoir où le procès est fait à un acte et où l'instance est entamée par une prétention unilatérale émise par l'administré. Dans la ligne de cette pensée, M. Vizioz fait observer que « le procès en cassation est un procès contre l'acte du juge. Sans doute, il y a un litige entre le perdant et le gagnant sur le fond au sujet d'une décision rendue par un tribunal judiciaire, cela est vrai dans la phase devant la chambre civile. Mais l'instance devant la chambre des requêtes suppose-t-elle vraiment une contestation ? Une analyse correcte ne peut en tout cas la découvrir qu'entre le pourvoi et la décision attaquée. Dira-t-on que cette décision traduit les prétentions du juge qui l'a rendue, que ce juge en la prononçant a pris par avance position de plaideur, d'adversaire et posé ainsi un des termes de la contestation ? » (23).

211. — Cette opinion, qui dénie que la contestation est une condition pour saisir la juridiction, est basée en effet sur une idée trop étroite de ce qu'il faut entendre par contestation. Selon la théorie attaquée, la contestation implique nécessairement une opposition des prétentions entre deux parties. D'où la conclusion qu'au cas d'une prétention unilatérale, il n'y a pas une contestation (24). Mais comme M. Bonnard l'a pertinemment montré, « entre la prétention bilatérale du procès entre parties et la prétention unilatérale », il n'est pas impossible de trouver « un moyen terme qu'est la simple résistance ou opposition à la prétention émise. Et cela suffit pour constituer la contestation » (25).

212. — La doctrine moderne a essayé d'élargir le schéma classique de contestation en lui substituant celle plus compréhensive du *litige* (26). M. Chaumont est allé jusqu'à considérer que le doute suffit pour caractériser un litige. « La fonction juridictionnelle, écrit-il, suppose un doute portant jugement de valeur sur une règle ou une situation née dans le passé; elle a pour but de rétablir, par une solution imposée par ce doute, le lien rompu de l'obligation juridique entre le sujet de droit intéressé et la règle ou situation qui fait l'objet de

(21) Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, *in* Saggi di diritto processuale civile, 2e éd., Rome 1930, T. I, p. 34.

(22) Calamandrei, *Il concetto di lite nel pensiero di F. Carnelutti*, *in* Studi sul processo civile, Padoue, 1930, T. II, p. 359 et s.

(23) Vizioz, *op. cit.*, p. 110.

(24) Cf. Chiovenda, *op.* et *loc. cit.* : le but immédiat du procès n'est pas de mettre fin à un litige, mais de faire valoir la volonté de la loi. Calamandrei, *op.* et *loc. cit.*, croit que dans certains procès, le jugement ne tranche aucun litige entre les parties.

(25) Bonnard, *op. cit.*, p. 24.

(26) Solus et Perrot, *Dr. jud. pr.*, n° 480, p. 439 ; Cuche et Vincent, *Précis proc. civ.*, n° 59.

doute » (27). « L'action en justice, c'est donc le doute dont l'élévation est légalement consacrée » (28). « L'action en justice concerne toujours, à notre avis, le doute du demandeur sur une question extérieure, soit qu'il y soit simplement intéressé, soit que cette situation soit née de la manifestation d'un droit subjectif dont il dispose » (29).

Il faut ajouter que le cas où le prévenu ne nie pas sa culpabilité est exceptionnel. Et même, dans ce dernier cas, il y a lieu pour un doute, car l'aveu du coupable ne résout pas tous les problèmes et il resterait à décider, par exemple, sur l'existence ou non des conditions atténuantes, sur l'évaluation de la peine dans les limites prévues par la loi. D'ailleurs, la criminologie moderne a affirmé que l'aveu du prévenu n'est qu'une présomption qui peut être contraire à la vérité et il faut toujours procéder pour démontrer son bien-fondé (30).

*
**

213. — De ce qui précède, il apparaît que les controverses doctrinales portent avant tout sur le sens du mot contestation. Selon une théorie, le litige implique nécessairement l'opposition d'une prétention à une autre, ou le conflit entre deux intérêts contradictoires. Selon une autre théorie, il suffit pour qu'il existe un litige, qu'il y ait une violation d'une règle de droit objectif. Selon la formule d'une troisième théorie, il suffit qu'il y ait un doute qui mérite d'être dissipé. Nous croyons que cette dernière acception est la plus apte à rendre compte de la complexité du droit positif, comme nous le verrons dans la section suivante.

## Section II

## LES CARACTERES DE LA CONTESTATION

### Sous-Section I

### LES RELATIONS ENTRE LA CONTESTATION, L'INTERET ET LE REMEDE

214. — La détermination des caractères de la contestation dépend de l'idée qu'on se fait du sens qu'il faut donner à ce mot. Si on envi-

(27) Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, Rev. dr. public, 1942, p. 93 ; spécialement p. 95.

(28) Chaumont, *op. cit.*, p. 96.

(29) Chaumont, *op. cit.*, p. 104.

(30) Vitu, *Procédure pénale*, Paris 1957 : « L'aveu n'est pas une preuve décisive. Les juges l'apprécient comme toute autre preuve », p. 210. Sur la sincérité de l'aveu, M. Vitu précise qu' « il est inexact de croire, comme on l'a fait long-

sage la contestation comme impliquant nécessairement l'opposition entre deux prétentions ou comme un conflit entre des intérêts opposés, on serait amené à conclure que la contestation doit présenter un certain degré d'actualité. L'opposition des prétentions l'une à l'autre, ou le conflit d'intérêts, doit être né et actuel. On serait amené à la même conclusion si on envisage la source du litige dans la violation d'un droit subjectif ou la violation d'une règle de droit objectif. L'idée de violation évoque l'idée d'actualité. Seule, l'idée de doute est suffisamment élastique pour permettre de concevoir un litige en dehors de toute idée d'actualité.

215. — L'actualité de la contestation a toujours retenu l'attention des juristes. Il est utile de se rappeler que la définition classique de l'action était précisément basée sur l'idée de contestation actuelle : l'action n'est que le droit mis en mouvement, que le droit sur le pied de guerre (31). En droit français, il est coutume de ranger parmi les conditions de l'action la condition d'intérêt « né et actuel ». L'intérêt éventuel ou purement hypothétique ne suffit pas, à lui seul, à justifier la recevabilité de l'action en justice. Ceci nous conduit à étudier les rapports entre l'intérêt et la contestation. Nous croyons que ce sont là deux choses différentes. Il est vrai que dans la plupart des cas, la suppression d'une contestation constitue en soi un intérêt, mais il n'en est pas toujours ainsi. Il est concevable que la solution de la contestation ne confère aucun intérêt au demandeur (32). Du point de vue strictement logique, l'intérêt est une valeur future, tandis que la contestation est un fait passé, présent ou futur.

216. — L'actualité n'est pas le seul caractère requis dans la contestation. Il faut que la contestation soit juridiquement relevant pour l'ordre juridique. Par exemple, la contestation née de l'exécution ou de l'inexécution d'une convention immorale, ne donne pas une action aux parties intéressées. Il est coutume d'exprimer ce principe en disant que le plaideur doit justifier d'un intérêt légitime juridiquement protégé (33). Nous croyons qu'il est préférable de parler de caractère juridique de la contestation. La terminologie que nous proposons aide à apprécier que le véritable problème est de tracer les limites de l'intervention juridictionnelle, et qu'il s'agit d'une question de recevabilité et non d'une question de fond.

217. — La nature de la relation entre le fond et la recevabilité varie selon qu'on regarde la contestation de son côté d'actualité ou

temps, que l'aveu est nécessairement conforme à la vérité. Cette présomption fondée sur l'idée que personne n'a intérêt à se condamner soi-même, a perdu sa valeur. On constate des aveux mensongers dont l'origine est variable, l'aveu peut être arraché par la violence, la crainte ou la suggestibilité... Du reste, sincérité ne signifie pas toujours exactitude ; comme le témoin, le coupable est sujet à l'erreur », p. 232.

(31) *Supra*, n° 164.

(32) *Infra*, n° 304.

(33) *Infra*, n° 259 et n° 282.

de son côté de juridicité. Si on regarde la contestation de son côté d'actualité, on peut apercevoir un détachement très net entre l'action et le droit. Ce qui est en question, ce n'est pas la question de l'existence ou de l'inexistence d'un droit substantiel, mais la question bien différente de la possibilité de demander un remède judiciaire avant la naissance d'une contestation. Si l'ordre juridique crée des remèdes de nature à prévenir les contestations *in futurum*, cela peut être considéré comme une consécration de l'intérêt des plaideurs à la sécurité juridique. Mais le processus de la prolifération des remèdes de cette sorte n'aboutit pas, dans la longue durée, à la création des nouvelles catégories des droits substantiels.

218. — L'analyse du caractère juridique de la contestation nous conduit à une constatation différente, puisqu'il s'agit de savoir si un plaideur peut poursuivre en justice la protection d'un certain intérêt. La persistance des juridictions dans la voie d'accorder la protection à certains intérêts, aboutit, dans la longue durée, à la création des nouvelles catégories des droits substantiels. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont pensé que la condition d'intérêt légitime juridiquement protégé est une condition de fond et non une condition de recevabilité (34). Nous croyons pourtant que le caractère juridique de la contestation relève du domaine de la recevabilité. Déterminer le caractère juridique de la contestation, c'est en même temps déterminer les cas où l'action peut être exercée. Il est vrai que de la création de l'action s'ensuit la création des nouveaux droits substantiels. Mais rien d'étonnant en ceci, car les précédents historiques dans plusieurs systèmes juridiques montrent que l'action engendre le droit, que l'action précède le droit comme l'indique la formule anglaise de style : *remedies precede rights* (35).

219. — Nous proposons de vérifier le bien-fondé de ces idées dans les deux sous-sections suivantes : l'une consacrée à l'actualité de la contestation et l'autre à la juridicité de la contestation.

## Sous-Section II

## L'ACTUALITE DE LA CONTESTATION

220. — L'actualité de la contestation étant le principe, on pourrait penser que l'action doit être de nature à mettre fin à la contestation. C'est pourquoi on peut constater une certaine hésitation dans plusieurs systèmes juridiques à propos des actions qui tendent à obtenir une déclaration sur l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une situation juridique, sans demander une mesure exécutoire contre le

(34) *Infra*, n°s 293, 300.
(35) *Supra*, n°s 67-72.

défendeur. Les juristes italiens distinguent entre les actions *di condanna* qui tendent à obtenir une mesure exécutoire et les actions *di mero accertamento* qui tendent à obtenir une déclaration concernant une situation juridique (36). Le droit anglais (37) connaît lui aussi une distinction semblable, entre les *executory judgments*, qui correspondent aux actions *di condanna* et les *declatory judgments*, qui correspondent aux actions *di accertamento* (38). On pourrait être tenté de penser que la terminologie anglaise est plus exacte parce que c'est le jugement qui ne contient qu'une déclaration (39). Mais nous croyons que la terminologie d'action déclaratoire n'est pas moins précise. Elle permet de qualifier l'action en fonction de son but, ce qui est parfaitement légitime.

221. — La recevabilité de l'action déclaratoire soulève des difficultés qui peuvent être réparties en deux groupes. Le premier concerne l'aptitude de la déclaration à mettre fin à la contestation (40). Le second concerne l'opportunité d'obtenir une déclaration pour éviter une contestation future. Le premier groupe des difficultés est régi par le principe général de notre droit que toute intervention juridictionnelle doit procurer un intérêt réel à celui qui l'invoque. Vue sous cet angle, la recevabilité de l'action déclaratoire ne présente pas de difficultés qui lui sont propres. C'est le second groupe des difficultés qui mérite de retenir ici notre attention. Peut-on obtenir une déclaration pour prévenir la naissance d'une contestation future ? La réponse à une telle question met en cause la mesure dans laquelle on peut faire valoir en justice l'intérêt à la sécurité juridique. Le problème, ici encore, ne concerne pas seulement les actions déclaratoires, mais concerne à la vérité toutes les actions, même celles qui tendent à obtenir une mesure coercitive (41).

(36) Chiovenda, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, Riv. dir. proc. civ., 1933, I, 3 et s. ; Micheli, *Corso di dir. proc. civ.*, T. I, Milan, 1959, n° 12, p. 43.

(37) I. Zamir, *The declaratory judgment*, Londres 1962, p. 1.

(38) Le Code de proc. civ. allemand (Z.P.O.) a organisé les actions déclaratoires *Feststellungsklage* dans son article 256. L'action en justice est recevable pour faire constater l'existence ou la non-existence d'un droit, pour faire reconnaître un titre ou constater sa fausseté si le demandeur justifie d'un intérêt juridique à établir immédiatement, par décision judiciaire, le rapport de droit, la sincérité ou la fausseté du titre. Les articles 485-494 (Z.P.O.) autorisent le recours préventif à la justice pour faire une preuve dont on prévoit qu'on aura besoin plus tard à un moment où elle sera devenue impossible ou difficile à fournir : Chéron, R.T.D.C. 1923, p. 358 ; Maynard, *Le jugement déclaratoire*, Thèse, Lyon, 1922, p. 69 et s. ; Gignoux, *Les actions préventives*, Thèse, Paris 1935, pp. 102-104 ; Muhleisen, *Les jugements déclaratoires en Alsace-Lorraine*, R.T.D.C. 1934, p. 783.

(39) Cf. Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 233, p. 210, note 1.

(40) Cf. Zamir, *The declaratory judgment*, pp. 197-198.

(41) Cf. L. Hugueney, note sous Cass. civ., 31 décembre 1918, S. 1919.1.91 ; Hébraud, obs. R.T.D.C. 1949, p. 113 ; Micheli, *Corso di dir. proc. civ.*, T. I, n° 13, p. 44 ; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, T. I, p. 352.

### § 1. — La recevabilité de l'action dans les cas où la contestation est née et actuelle.

222. — On peut être tenté de penser que, pour qu'il y ait une contestation, il faut que la violation du droit soit complètement consommée. Mais il est évident qu'une telle rigueur s'accorde mal avec les besoins de la pratique. En certains cas, il n'y a pas de problème : il faut attendre la consommation de la violation du droit pour pouvoir intenter l'action. C'est le cas notamment du créancier d'une obligation conditionnelle ou à terme qui ne peut réclamer le paiement de la dette avant la réalisation de la condition (art. 1181-2, C. civ.) ou l'arrivée du terme (art. 1186, C. civ.). Ces cas ne doivent pas être confondus avec l'hypothèse dans laquelle la violation de la règle est consommée, mais le préjudice résultant de la violation ne sera réalisé que dans le futur. Dans cette dernière hypothèse, la contestation est née et actuelle et, par conséquent, l'action en responsabilité est recevable (42). Dans le même ordre d'idées, l'action de dénonciation de nouvelle œuvre est recevable, même si les travaux déjà commencés ne causent pas un trouble actuel à la possession du demandeur dès lors qu'il apparaît qu'ils produiraient ce résultat s'ils venaient à être achevés (43).

223. — La jurisprudence anglaise nous offre des illustrations intéressantes du principe que l'action est irrecevable en l'absence d'une contestation actuelle.

224. — Dans l'affaire *Draper v. British Optical Association* (44), l'association défenderesse écrit une lettre au demandeur lui reprochant d'avoir violé le *code of ethics* de l'association, et que pour cette raison, une réunion serait organisée pour entendre sa défense. Le demandeur intenta une action contre l'association pour obtenir : 1° une déclaration qu'elle n'a pas le droit ni de lui imposer son code of ethics, ni de le priver de son droit de rester comme membre de l'association; 2° une injonction pour empêcher l'association d'agir d'une manière adverse à ses réclamations. Farwell J. décida de ne pas admettre l'action du demandeur. Il dit : « Il est probable que quand les défendeurs se réunissent, ils jugeront bon d'imposer sur le demandeur ce *code of ethics* et, dans ce cas, il est probable que leur acte puisse être qualifié comme étant *ultra vires* (en excès de pouvoir). Mais jusqu'à ce qu'ils imposent ce code au demandeur, je n'estime pas que c'est à moi de décider la question dans l'abstrait... Si, à la réunion envisagée, l'association décidait que le demandeur n'était coupable

(42) Req. 1er juin 1932, D. 1932.1.102, rapport Pilon, S. 1933.1.49, note H. Mazeaud, Gaz. Pal., 1932.2.363.

(43) Trib. paix de Nice-Centre, 27 octobre 1958, Gaz. Pal., 1958.2.289 ; Cass. civ., 9 juin 1959, J.C.P. 1959.IV, p. 93.

(44) [1938] All E.R. 115, cité par Zamir, *Declaratory judgment*, p. 51.

d'aucune conduite justifiant son expulsion, donc il n'aurait subi aucun préjudice et son action serait totalement inutile » (45).

225. — Le même principe a été appliqué dans l'affaire *Roesin v. Attorney-General* (46). Une loi spéciale décida que les sujets russes domiciliés en Grande-Bretagne peuvent être appelés à faire le service militaire. Le demandeur, qui n'a pas été encore appelé à faire le service militaire, intenta une action pour obtenir une déclaration qu'il ne peut être appelé à faire le service militaire. Swinfen Hardy, M.R., décida que l'action ne peut être accueillie et qu'elle constitue un abus du *process of the Court*, justement parce que le demandeur n'a pas reçu aucune notification indiquant l'intention de l'administration de l'appeler sous les drapeaux.

### § 2. — La consécration de l'intérêt à la sécurité.

226. — Nous avons vu que l'actualité de la contestation est la règle générale pour la recevabilité de l'action. Ce principe est en parfaite harmonie avec la genèse historique de la notion d'action qui, dans sa forme la plus simple, était un moyen destiné à faire rétablir l'ordre déjà troublé dans la communauté. Les hommes primitifs se soucient peu de prévenir une contestation future, éventuelle ou certaine. Ce qu'ils cherchent, c'est de trouver un remède approprié à une contestation dont eux-mêmes ressentent l'acuité (47). Mais un tel état de choses ne tarde pas à changer avec le progrès de la civilisation, le raffinement des esprits et la complication des relations juridiques. Les contestations prévisibles *in futurum* deviennent une source d'inquiétude et d'incertitude. C'est alors que se pose le problème de savoir si l'action peut être utilisée comme un moyen de prévenir les contestations futures, afin de consacrer l'intérêt des justiciables à la sécurité de leurs relations juridiques (48). Mais comme tout est relatif dans le domaine du droit, il est évident que cet intérêt à la sécurité ne peut être protégé dans toutes ces manifestations. De plus, il est difficile de s'accorder sur les cas dans lesquels on peut affirmer qu'il y a effectivement un intérêt à la sécurité.

227. — Une question préliminaire se pose : est-ce que les actions qui tendent à prévenir une contestation future ne doivent être reçues

(45) [1958] I All E.R. 115, 119-120.

(46) (1918) 34 T.L.R. 417, cité par Zamir, *Declaratory judgment*, p. 57.

(47) *Supra*, n° 114.

(48) Gignoux, *Les actions préventives*, n° 12, p. 19 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 230, p. 207 ; Satta, *Comm. c. proc. civ.*, T. I, p. 352 ; Micheli, *Corso di dir. proc. civ.*, n° 13, p. 44 : « La certezza costituisce invero un vantaggio e quindi un bene di per sè degno di tutela da parte del diritto » ; Borchard, *Declaratory judgments*, p. 277 ; Sunderland, *A modern evolution in remedial rights.* The declaratory judgment, 16 (1917), Michigan Law review, 69, 70, 75, cités par Zamir, *Declaratory judgment*, p. 5.

que dans les cas expressément prévus par le législateur, ou est-ce qu'elles peuvent être reçues même en l'absence d'un texte légal ? La tendance moderne est plutôt libérale. Le fait qu'il y a des textes légaux qui consacrent certaines actions *in futurum* ne signifie pas que l'admission de ces actions n'est pas concevable en dehors de ces textes. Au contraire, ces textes doivent être regardés comme des applications d'un principe général selon lequel on peut agir en justice en vue de prévenir des contestations futures (49). Mais tout le problème est de savoir quelles sont les limites exactes d'un tel principe. Nous essayerons de tracer ces limites en étudiant successivement les actions interrogatoires, les actions provocatoires, les actions déclaratoires et les mesures d'enquêtes *in futurum*.

### A. — Les actions interrogatoires.

228. — En face de l'interdépendance des relations juridiques, il peut arriver que le comportement d'une personne par rapport à une certaine question ou relation juridique affecte le droit ou la situation juridique d'une autre personne. Les exemples pratiques sont multiples : La situation du contractant avec un incapable sera affectée par l'option de l'incapable, une fois devenu capable de confirmer l'acte ou de demander sa nullité (art. 1304, C. civ.) (50). Egalement, la situation d'un héritier d'un rang subséquent sera affectée par l'option de l'héritier préférable d'accepter ou de répudier la succession (art. 789, C. civ.). La loi donne à l'incapable un délai de dix ans, et à l'héritier préférable un délai de trente ans pour prendre parti. Pendant ce délai, la situation du contractant ou de l'héritier subséquent est entourée d'une incertitude. Cependant, la doctrine (51) et la jurisprudence (52) sont d'accord que l'action en vue d'obliger le défendeur à prendre parti ou d'exercer une faculté légale est irrecevable. La raison de cette irrecevabilité n'est pas le refus de consacrer l'intérêt du demandeur à la sécurité de sa situation juridique, mais le souci

(49) Maynard, *Les jugements déclaratoires*, p. 127 ; Gignoux, *Les actions préventives*, pp. 108-113 ; Hugueney, note S. 1919.1.91 ; Chéron, R.T.D.C. 1923, p. 358 ; Lepaulle, *Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit*, R.T.D.C. 1934, p. 773 ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1948, p. 241 ; Hébraud, obs. R.T.D.C. 1949, p. 113 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 33 et n° 36 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 230, p. 206.

(50) Comp. l'article 108 B.G.B. Cet article décide que la partie qui a contracté avec un mineur peut inviter son représentant à approuver l'acte irrégulier. Le représentant est obligé de prendre parti dans un délai de 15 jours. Si le représentant ne prend pas parti dans ce délai, il sera censé avoir refusé l'autorisation. Si le mineur est devenu capable, l'invitation de prendre parti sera adressée à lui sous les mêmes conditions. Voy. Ginoux, *Les actions préventives*, n° 88, p. 116.

(51) Garsonnet et Cézar-Bru, T. I, n° 361 ; Glasson, Tissier et Morel, T. I, n° 180 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 34, p. 40 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 308 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 231, pp. 207 et 208. *Contra*, Gignoux, *Les actions préventives*, n° 89, p. 117.

(52) Douai, 13 juillet 1900, S. 1903.2.293 ; Bordeaux, 12 juillet 1948, J.C.P., 1949.IV.1097, obs. Madray ; R.T.D.C. 1949, p. 115, obs. Hébraud.

de ne pas forcer le défendeur à prendre parti immédiatement sans attendre l'expiration du délai qui lui a été accordé par la loi. En tout cas, il semble que l'action interrogatoire n'a pas une grande importance pratique, comme l'indique la rareté des arrêts de jurisprudence sur le sujet.

### B. — Les actions provocatoires.

229. — L'intérêt à la sécurité assume dans l'action provocatoire un aspect différent. Il s'agit, dans l'hypothèse de l'action provocatoire, de contraindre celui qui fait des réclamations nuisibles aux intérêts d'une autre personne, à agir immédiatement en justice pour prouver ses réclamations ou, à défaut, de se faire imposer un silence perpétuel (53). L'action provocatoire est une action « nettement déterminée, mais qui appartient à un tiers, et que l'on prétend déclencher contre son gré » (54). Ici, en effet, se trouve le nœud de la difficulté.

230. — En droit romain (55), une constitution de Dioclétien (56) déclarait que personne ne peut agir en justice contre son gré : « *ut invitus agere nel accusare nemo cogatur* ». Mais une loi *diffamari* (57) semblait apporter une exception à ce principe. Cette loi concernait le cas d'un ingénu qui constate qu'une autre personne répand des bruits mettant en doute sa liberté. La loi autorisa l'ingénu à appeler en justice son adversaire, pour que l'ingénu prouve contradictoirement son état d'homme libre. Les auteurs de l'Ancien Droit ont interprété à tort la loi *diffamari* comme obligeant l'auteur des diffamations à agir immédiatement, faute de quoi, il serait à jamais forclos de renouveler ces diffamations. De cette façon, ils ont dégagé un principe général, selon lequel celui qui se vante d'avoir le droit d'exercer un droit contre un tiers peut être contraint d'agir pour prouver sa jactance, sous peine de se voir condamné au perpétuel silence (58). Certaines coutumes ont consacré formellement ce principe (59).

231. — En droit moderne, en l'absence d'un texte légal qui organise la recevabilité des actions provocatoires, la jurisprudence a fait une distinction entre les cas où la menace de l'adversaire est sérieuse et les cas où la menace n'est pas de nature à mettre en danger les droits de l'intéressé.

(53) Devilleneuve, note S. 1850.2.1.

(54) Hébraud, obs. Rtdc. 1949, p. 113.

(55) Voy. Valabrègue, *De la loi Diffamari ou de l'action de jactance en droit français*, Rev. critique, 1888, T. 55, pp. 13-51.

(56) Code, Lib. III, tit. VII.

(57) Code, Lib. VII, tit. XIX.

(58) Voy. par exemple : Bretonnier, *Sur Henrys, de l'édit de* 1738, T. II, p. 186, cité par Gignoux, *Les actions préventives*, p. 126.

(59) Comme par exemple, Les Chartes et les Coutumes du Hainaut, chapitre 41, cités par Devilleneuve, S. 1850.2.1.

232. — Ainsi, il a été jugé que celui qui est en possession de biens, en vertu d'un testament qui l'en institue usufruitier, ne peut actionner l'héritier du testateur qui ne réclame encore aucun droit sur ces biens, pour voir dire que, lui demandeur, n'est pas seulement usufruitier de ces biens, mais qu'il en est propriétaire (60), que si l'adversaire ne s'est même pas jacté d'être investi par aucun droit, la Cour n'a pas à apprécier les conséquences juridiques du trouble qu'il aurait apporté à la possession des intimés (61). Mais on peut citer plusieurs arrêts qui montrent l'esprit libéral de la jurisprudence qui admet la recevabilité des actions de jactance. Il a été décidé que celui qui se targue publiquement d'avoir des créances ou des prétentions à la charge d'une autre personne et qui, par là, porte atteinte à son crédit, peut être contraint de produire immédiatement ses titres et de fixer ses droits lui-même, si mieux il n'aime se voir imposer un perpétuel silence, ou même sous peine de se voir déclarer déchu de son prétendu droit (62) ; que celui qui se targue d'un titre qu'il ne veut pas produire peut bien être condamné au silence et même à des dommages-intérêts, mais que les juges ne peuvent aller jusqu'à le déclarer déchu de son droit (63) ; que celui qui se vante d'avoir un titre d'obligation contre une personne peut être actionné en exhibition de ce titre pour en voir prononcer la nullité (64). La Cour d'Angers (65) essaya de définir le critère de recevabilité de l'action provocatoire. « Il est vrai, dit la Cour, qu'en principe général, il n'appartient pas à un défendeur de se constituer arbitrairement demandeur, et d'appeler en justice une personne qui ne réclame rien sous le prétexte qu'elle pourrait réclamer plus tard ». Mais, d'autre part, la Cour a admis que « la menace d'un préjudice éventuel est une cause légitime d'action, quand cette menace se produit sérieusement, et quand elle peut nuire au crédit ou à la situation de celui à qui elle a été adressée ». Après avoir énoncé ce principe, la Cour a accueilli l'action intentée par un notaire menacé par son client d'une poursuite en responsabilité, pour faire déclarer qu'aucune responsabilité ne peut être invoquée contre lui. La Cour a estimé que la menace dont il s'agit, répétée dans plusieurs lettres missives, et confirmée par les agissements de son auteur, a acquis une notoriété qui pourrait porter atteinte à son crédit et à sa situation d'officier public. Dans la ligne de cette tendance libérale, la Cour de cassation (66) a décidé que le propriétaire est intéressé et autorisé à demander aux juges de se prononcer sur la franchise de son fonds; d'où il suit que c'est à tort que la cour d'appel le débouta de sa demande sous le prétexte qu'il n'y aurait, de la part de son voisin, que des simples réserves n'excédant pas le droit de celui-ci et ne cons-

(60) Liège, 3 février 1841, S. 1850.2.1, note Devilleneuve.
(61) Toulouse, 21 février 1854, S. 1854.2.169.
(62) Aix, 12 juillet 1813, S. 1813.2.234.
(63) Nîmes, 15 juin 1835, S. 1836.2.252.
(64) Riom, 9 janvier 1849, S. 1850.2.1, note Devilleneuve.
(65) Angers, 3 juillet 1868, S. 1868.2.318.
(66) Cass. civ., 23 juin 1890, D. 1890.1.290.

tituant pas un trouble. Il importe peu, qu'à l'origine du procès, l'action intentée par le propriétaire du fonds prétendu asservi fût uniquement fondée sur des simples prétentions verbales émises par son voisin, dès lors que celui-ci en est venu plus tard à énoncer fermement qu'il avait une servitude fondée en titre.

233. — Il faut pourtant observer que quelques-unes des décisions que nous avons citées comme indiquant l'esprit libéral de la jurisprudence ne concernent pas à vrai dire des actions provocatoires à proprement parler. Il s'agissait à la vérité d'actions déclaratoires, puisque c'est la personne menacée elle-même qui prend l'initiative et joue le rôle du demandeur. De cette façon, chaque parti peut jouer son rôle normal et surtout le défendeur ne supportera pas injustement la charge de preuve, puisqu'il n'est pas contraint à jouer le rôle du demandeur (67).

234. — En droit anglais, la menace d'une poursuite future ne justifie la recevalibité de l'action que dans des cas exceptionnels. A ce propos, Cozens Hardy, M.R., a fait la remarque suivante : « I desire to guard myself against the supposition that I hold that a person who expects to be made defendant, and who prefers to be plaintiff, can, as a matter of right, attain his object by commencing an action to obtain a declaration that his opponent has no good cause of action against him, the court may well say : wait until you are attacked and raise your defence, and may dismiss the action with costs » (68).

235. — En général, la jurisprudence se montre très stricte dans l'admission des actions dans lesquelles les rôles du demandeur et du défendeur sont renversés. *North Eastern Marine Engineering Co. v. Leeds Forge Co* (69) montre bien la tendance restrictive des juges anglais. A... prétendit que B... avait violé son droit d'invention, et intenta contre lui une action en dommages-intérêts. L'action était discontinue (discontinued). En apprenant que A... avait l'intention d'intenter une nouvelle action, B... assigna A... devant les juges pour obtenir une déclaration que le brevet d'invention de A... est nul et que B... n'a violé aucun droit de A... Joyce J. décida que l'action de B... est irrecevable, et dit (70) : « The mere fact that A. is supposed to contemplate the bringing of an action against B. or that A. may have stated that he has grounds for such an action, does not, in my opinion, entitle B. to institute an action against A. to have it declared that A. has not a good cause of action against B... Ordinarily, an intending plaintiff my postpone his action as long as he pleases, at the risk of

(67) Voy. Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 309 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n° 232, p. 209.

(68) *Dyson v. Attorney-General* [1911] I.K. B. 410, 417, cité par Zamir, *Declaratory judgment*, p. 209.

(69) [1906] Ch. 324 : affirmed [1906] 2 Ch. 498, cité par Zamir, *op. cit.*, p. 210.

(70) [1906] Ch. 324, 329.

finding himself ultimately barred by some statute of Limitation, and he may choose his own time for commencing proceedings. He is entitled to wait until he has collected the necessary evidence, or has made such inquiries as he thinks fit, or has obtained the requisite funds, or what not. »

236. — Dans l'affaire *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co,* Pickford, L.J. dit que les juges peuvent recevoir l'action « in a very exceptional case » (71). Dans le même ordre d'idées, il a été jugé dans une autre affaire que le demandeur peut intenter une action en vue de déclarer que le défendeur n'a aucun droit, si une telle déclaration était indispensable pour que le demandeur puisse déterminer son comportement futur (72).

### C. — Les actions déclaratoires.

237. — Nous avons vu que l'obstacle principal contre la recevabilité des actions interrogatoires et provocatoires dérive du fait qu'elles tendent à obliger une personne à prendre parti ou à agir en justice contre son gré. Cet obstacle est décisif. En effet, il est significatif qu'on ne peut trouver dans les recueils de jurisprudence des exemples récents d'une action interrogatoire ou d'une action provocatoire. On peut donc dire que ces deux actions ne sont plus le moyen technique pour assurer la protection de l'intérêt à la sécurité. La jurisprudence française les a remplacés par la technique nouvelle, admise dans plusieurs législations étrangères, des actions déclaratoires, qui peuvent être considérées de nos jours comme les actions préventives par excellence. Comme cela arrive souvent avec les innovations, la jurisprudence, au début, s'est montrée assez stricte dans la recevabilité des actions déclaratoires, mais peu à peu elle a étendu considérablement le domaine de leur application.

238. — L'action déclaratoire, comme l'indique son nom, tend à obtenir une déclaration sur l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique. Elle est appelée « *confessoire* » quand elle tend à la déclaration d'un droit au profit du demandeur; elle est appelée « *négatoire* » quand elle tend à la négation d'un droit au défendeur ou, ce qui pratiquement revient au même, à la déclaration que le demandeur n'est pas le sujet passif d'une relation juridique. On peut observer que c'est l'action négatoire qui se rapproche le plus de l'ancienne action provocatoire. En effet, l'action négatoire paraît comme une défense anticipée à une action future, et de ce point de vue, elle risque de renverser le rôle des parties dans le procès. Comme l'ont fait observer les juges anglais, celui qui a un moyen de défense n'a, pour s'en

(71) [1915] 2 K.B. 536, 565.

(72) *Loudon v. Ryder* [1953] 1 ch. 423, 429, per Harman J. Dans cette affaire, le demandeur demanda une injonction. Harman, J., refusa de lui donner une injonction au motif de l'absence d'une contestation actuelle, mais lui accorda une déclaration « *to quiet his title* ».

prévaloir, qu'à attendre que son adversaire intente l'action menacée contre lui (73).

239. — Le caractère essentiel de l'action déclaratoire est qu'elle ne tend pas à obtenir une mesure coercitive. « C'est que, en droit comme en diplomatie ou en politique, il est des déclarations qui peuvent valoir des actes » (74).

240. — Il est extrêmement difficile de dégager un critère pour déterminer les cas de recevabilité de l'action déclaratoire. Les décisions de la jurisprudence montrent une certaine souplesse. Avant d'examiner ces décisions, il convient de faire deux remarques :

1° L'action déclaratoire n'est pas nécessairement une action préventive. Il se peut que le demandeur cherche à obtenir une déclaration pour mettre fin à une contestation née et actuelle.

2° L'action déclaratoire peut être considérée comme une action préventive seulement quand elle tend à prévenir une contestation future. Mais l'action déclaratoire n'est pas le seul moyen pour prévenir les contestations futures. Si une déclaration suffit pour prévenir une contestation future, *a fortiori,* une mesure coercitive peut aboutir au même résultat.

241. — Les cas dans lesquels l'action déclaratoire est admissible sont les plus variables. On se contentera ici de citer quelques exemples :

242. — 1° En matière de contrats et d'actes juridiques, l'action déclaratoire peut jouer un rôle important. L'action est recevable pour déclarer la validité (75) d'un acte ou pour déclarer sa nullité (76). Il faut distinguer entre la nullité absolue et la nullité relative. Au cas de nullité absolue, tout intéressé peut demander la nullité du contrat pour faire détruire l'apparence de validité (77). La jurisprudence se

(73) *Supra,* n° 235.

(74) P. Hébraud, obs. R.T.D.C. 1949, p. 113 ; L. Segur, *L'action déclaratoire,* J.C.P. 1965.I.1902, n° 1.

(75) Cf. Trib. civ. Vouziers, 26 mars 1947, D. 1947.417, J.C.P. 1947.II.3927, R.T.D.C. 1948, p. 94, obs. Vizioz ; Paris, 5 juillet 1952, Gaz. Pal., 1953.I.37 ; Rouen, 19 mars 1954, Gaz. Pal., 1954.I.358, R.T.D.C. 1954, p. 534, obs. Hébraud. Mais la demande qui a pour but d'obtenir une déclaration sur la validité d'une opération projetée est irrecevable. Cf. Cass. soc., 4 août 1952, J.C.P. 1953.II.1439 ; S. 1953.I. 108 ; R.T.D.C. 1953, pp. 370-371, obs. Hébraud.

(76) Paris, 5 décembre 1944, S. 1945.2.69, note critique de M. Hubert. Selon cet arrêt, les nus-propriétaires par indivis d'un immeuble ayant un intérêt évident à ne pas voir grever trop lourdement un héritage dont ils auront l'entière jouissance au jour du décès de l'usufruitier, ont la qualité de tiers intéressés à demander la nullité, pour défaut d'autorisatoin préfectorale, d'un bail de dix-huit ans consenti sur ledit immeuble et leur demande doit être déclarée recevable. Dans le domaine des testaments, la jurisprudence décide que l'action en déclaration de l'illicéité d'une clause est recevable. Voy. par exemple : Req. 25 mars 1946, Gaz. Pal., 1946.I.226, R.T.D.C. 1946, p. 246, obs. Vizioz ; Trib. civ. Seine, 22 janvier 1947, D. 1947.126 ; Gaz. Pal., 1947.I.67 ; J.C.P. 1947.II.3555 ; R.T.D.C. 1947, p. 217, obs. Vizioz,

(77) Planiol, Ripert et Boulanger, *Tr. dr. civ.,* T. II, n° 713, p. 264.

montre pourtant très stricte dans l'appréciation de l'intérêt qui donne le droit d'agir à un étranger au rapport contractuel (78). De cela, il résulte que l'action préventive ne peut jouer qu'un rôle réduit par rapport à l'action en nullité absolue. En cas de nullité relative, seule a la qualité pour agir la personne dans l'intérêt de laquelle la nullité a été édictée (79). Cette personne peut demander immédiatement l'annulation de l'acte sans attendre que son contractant exige l'exécution du contrat (80). De même, tout intéressé peut intenter l'action en déclaration de simulation, même en dehors d'une contestation actuelle (81). Au contraire, il y a peu de chance que l'action en résolution joue un rôle préventif, parce que cette action présuppose, par hypothèse, que l'un des contractants n'a pas exécuté son obligation, ce qui signifie qu'il y a déjà une contestation actuelle (82).

243. — 2° Un autre exemple est fourni par les actions en reconnaissance et en contestation d'état qui sont recevables indépendamment de l'exercice d'aucun droit particulier (83).

244. — 3° Egalement, les actions en reconnaissance de nationalité sont recevables, même si la nationalité du plaideur n'est contestée par personne (84) (Ord. 19 octobre 1945, art. 129).

245. — 4° La jurisprudence décide que l'action en nullité d'un jugement étranger est recevable (85).

246. — 5° La jurisprudence se montre stricte toutes les fois qu'il lui apparaît que les parties intéressées se servent de l'action déclaratoire comme un moyen pour renverser le contentieux. Il ne rentre pas dans la fonction des juges de donner des avis concernant la régularité d'une certaine opération envisagée par le demandeur. « Une demande de consultation en justice ne peut donner lieu à jugement, il est nécessaire qu'une contestation soit née » (86). Ainsi, il a été décidé qu'est irrecevable l'action du bailleur pour faire déclarer que l'occupant n'a pas le droit au sursis prévu par la loi du 15 juillet 1954 (87).

(78) Voy. à titre d'exemple, Req. 3 novembre 1932, D. 1932.I.181 ; Paris, 5 juillet 1954, D. 1954.706.

(79) Planiol, Ripert et Boulanger, *Tr. dr. civ.*, T. II, n° 717, p. 266.

(80) Gignoux, *Les actions préventives*, n° 123, p. 154.

(81) Gignoux, *Les actions préventives*, n° 120, p. 151.

(82) Cf. Gignoux, *Les actions préventives*, n° 123, pp. 155-156.

(83) Gignoux, *Les actions préventives*, p. 163 et s.

(84) Voy. par exemple : Rabat, 25 octobre 1938, R.T.D.C. 1939, p. 537, obs. Vizioz.

(85) Voy. par exemple, Paris, 15 décembre 1948, Gaz. Pal., 1949.I.17, conclus. Avoc. Gén. Dupin, R.T.D.C. 1949, p. 313, obs. Hébraud.

(86) Soc., 4 août 1952, J.C.P. 1953.II.1439, S. 1953.I.108, R.T.D.C. 1953, obs. Hébraud, pp. 370-371.

(87) Paris, 24 mai 1955, J.C.P. 1955.IV, éd. Avoués, 2551, obs. Madray, R.T.D.C. 1955, obs. Hébraud, p. 542.

D. — Les actions préventives en vue de constater des faits.

247. — Il est superflu d'insister sur l'importance des preuves par rapport aux droits substantiels. Le titulaire d'un droit non prouvé ne peut pas en tirer parti (88). Il est donc concevable que le titulaire d'un droit cherche à prouver son droit avant la méconnaissance ou la violation de son droit. La preuve ainsi obtenue satisfaira son intérêt à la sécurité juridique.

248. — La loi a autorisé le titulaire du droit de solliciter une preuve en certains cas. On peut citer à titre d'exemple :

249. — 1° L'article 106 du Code comm. qui, en cas de transport, autorise les parties intéressées à demander une expertise pour constater l'état de la marchandise transportée.

250. — 2° L'article 2263 du Code civ. donne au titulaire d'une rente viagère, après l'écoulement de 28 ans, le droit de solliciter de son débiteur la délivrance d'un titre nouveau. Ainsi, le créancier peut se mettre à l'abri de se voir opposer la prescription trentenaire. Il est vrai que le paiement des arrèrages emporte reconnaissance de la dette, mais on sait, d'autre part, que c'est le débiteur qui détient les quittances. Or, si le débiteur nie le paiement des arrérages et invoque la prescription trentenaire de l'article 2260, Code civ., le créancier n'aura pas un moyen pour prouver son droit. D'où l'intérêt d'obtenir, à titre préventif, un titre nouveau (89).

251. — 3° L'article 1324 du Code civ. et l'article 193 et s. du Code de proc. civ. prévoient et organisent une procédure pour la vérification d'écriture, afin de constater en justice si un acte sous seing privé a été réellement écrit ou signé par la personne à laquelle il est attribué. La vérification d'écriture peut être sollicitée à titre principal, indépendamment d'une contestation actuelle (90).

252. — Le problème est de savoir si les mesures d'instruction *in futurum* peuvent être sollicitées même en l'absence d'un texte de loi qui les autorise expressément.

253. — La jurisprudence française se montre très stricte dans la recevabilité des demandes des mesures d'instruction *in futurum*. Elle décide que ces mesures ne peuvent être ordonnées qu'à l'occasion d'un litige pendant, ou, à la rigueur, par la voie de référés en cas d'urgence.

1° *L'enquête « in futurum »* :

254. — La jurisprudence est défavorable à la recevabilité des demandes d'enquête en dehors d'un litige né et actuel. Mais cette solu-

(88) R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, Thèse, Poitiers 1955, p. 1.
(89) Gignoux, *Les actions préventives*, p. 179.
(90) Lobin, V° *Vérification d'écriture*, Encycl. D. proc. civ., n° 15.

tion a des inconvénients graves. En certains cas, le moyen de preuve encourt un danger réel de dépérissement. Heureusement, le recours au juge des référés en cas d'urgence a remédié à ces inconvénients dans une très large mesure. Il a été jugé récemment que le juge des référés est compétent pour procéder à une enquête lorsqu'il s'agit de faits anciens et si les témoins à entendre sont très âgés et d'un état de santé très précaire (91). Par application du même principe, il a été décidé qu'en cas de départ imminent d'un navire, le juge des référés peut valablement désigner un mandataire de justice avec mission d'entendre toutes personnes susceptibles de le renseigner sur les circonstances qui ont entouré une manœuvre d'accostage (92).

2° *L'expertise « in futurum » :*

255. — Une jurisprudence constante décide que les demandes principales d'expertise sont irrecevables. Selon les termes d'un ancien arrêt de la Cour de cassation « Attendu que l'expertise est un moyen d'instruction pour éclairer les tribunaux sur la solution d'une demande principale qu'elle suppose nécessairement; qu'il appartient, en effet, aux juges d'apprécier souverainement si cette mesure est nécessaire ou utile, de la prescrire ou bien de la rejeter et, en ce cas, de statuer immédiatement au fond; que d'autre part, il importe au défendeur de connaître, dès le début d'un procès, ce que son adversaire entend lui demander, afin de pouvoir décider de suite et sans procéder, s'il doit acquiescer ou contester; — D'où il suit qu'une demande de nomination d'expert ne saurait faire l'objet unique d'une action principale » (93). Dans l'espèce, le demandeur prétendit que la suppression d'un fossé comblé par le défendeur avait mis obstacle à la submersion de son vignoble. Le demandeur forma une demande ayant uniquement pour objet la nomination d'experts chargés de visiter ce vignoble « pour, après le rapport, être pris au fond par le demandeur, telles conclusions qu'il aviserait contre le défendeur ». De cela, la Cour a déduit que le demandeur n'a pas formulé une autre demande et notamment une demande de dommages-intérêts et que, par conséquent, la demande de nommer un expert était une demande principale, donc irrecevable.

Dans le même sens, il a été jugé qu'est irrecevable la demande d'expertise formée contre une banque par un client en vue de fixer la somme exacte qui peut lui être due, et cela en vue d'une action qu'il

(91) Trib. Gr. Inst. Mont-de-Marsan, 24 mai 1961, J.C.P., 1961.IV, éd. G. 151 ; Gaz. Pal., 1961.2.32.

(92) Rouen, 31 juillet 1959, Rec. du Havre, 1960.2.5.

(93) Req. 25 octobre 1886, D. 1887.I.165. Voy. dans le même sens : Poitiers, 4 novembre 1897, Gaz. Pal., 1898.I.74 ; Bordeaux, 26 mars 1912, Gaz. Pal., T. 1912-1920, V° *Expert-Expertise*, n° 2, D. 1914.2.140, Rec. Bordeaux, 1913.I.184 ; Trib. com. Marseille, 25 mai 1921, Gaz. Pal., T. 1920-1925, V° *Expert-Expertise*, n° 5, Rec. Marseille, 1922.I.210.

se réserve d'intenter ultérieurement (94) ; que le propriétaire des terrains occupés par une société minière, qui a manifesté sa volonté de conserver sa propriété, a, en ce qui concerne le préjudice résultant d'une moins-value de celle-ci le jour où elle lui sera rendue, une simple créance éventuelle d'indemnité qui n'est pas susceptible d'être liquidée tant que dure l'occupation et qu'il n'y a pas lieu, en conséquence, d'ordonner une expertise pour déterminer ce préjudice qui n'est ni actuel, ni certain (95).

256. —Mais le juge des référés peut ordonner une expertise en cas d'urgence, en dehors d'une contestation principale. Ainsi, a-t-il été décidé que le juge des référés peut statuer, à raison des conditions d'extrême célérité, sur une demande de l'héritier tendant à ce qu'il soit dit qu'il sera dressé un procès-verbal par experts de l'état dans lequel se trouvent des immeubles confiés à la gestion d'un administrateur judiciaire avant que leur vente à des tiers et les modifications pouvant en résulter, ne rendent plus tard tout contrôle impossible, alors, d'ailleurs, que la mesure demandée, purement conservatoire, est urgente, et n'a d'autre objet que de vérifier si les réparations nécessaires ont été effectuées ou s'il y a eu dépérissement à défaut d'entretien (96). S'il n'y a pas urgence, le juge ne peut pas ordonner une expertise pour éviter le dépérissement des preuves (97).

257. — La tendance restrictive de la jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine, qui est en faveur d'amplifier la possibilité de recourir aux juges pour éviter le dépérissement des moyens de preuve (98). L'admission du recours aux juges des référés a presque paralysé les inconvénients de la tendance restrictive. Mais il reste vrai que le recours aux juges des référés est soumis à la condition d'urgence. On peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux admettre les demandes d'enquête ou d'expertise *in futurum* toutes les fois qu'elles sont susceptibles d'apporter un nouvel élément de certitude dans une contestation future.

(94) Rennes, 15 novembre 1933, Gaz. Pal., 1934.I.70. Dans le même sens : Alger, 16 avril 1958, J.C.P. 1959.IV, p. 43 ; Cass. civ., 5 avril 1960, J.C.P. 1960.IV. 78 ; Bull. civ. I, p. 165.

(95) Dijon, 7 février 1945, D. 1945.315, R.T.D.C. 1946, p. 52, obs. Vizioz ; Comp. : Req. 1er juin 1932, D. 1932.I.102, rapport Pilon. La réparation d'un préjudice futur, mais certain, est susceptible d'estimation immédiate, voy. *supra*, n° 222.

(96) Req. 22 janvier 1901, S. 1901.I.331, dans le même sens : Req. 30 octobre 1889, D. 1890.I.163 ; Req. 7 novembre 1894, D. 1895.I.8 ; Paris, 23 octobre 1953, D. 1953.688.

(87) Trib. civ. Valence, 23 avril 1956, J.C.P. 1956.II.9506, note Madray, R.T.D.C. 1956, p. 766, obs. Hébraud ; voy. aussi : Trib. adm. Oran, 10 juin 1958, Gaz. Pal., 1958.2.130.

(98) Ch. Bruntz, *L'examen à futur*, Thèse, Nancy 1905, p. 30 ; G. Germer-Durand, *Les enquêtes à futur*, Thèse, Paris 1907, p. 110 ; Gignoux, *Les actions préventives*, p. 174 et s. ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 35, p. 41 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 238, p. 215.

## Sous-Section III

## LE CARACTERE JURIDIQUE DE LA CONTESTATION

258. — Voilà un des aspects les plus difficiles du problème de l'irrecevabilité. Sous le couvert que la demande n'a pas un caractère juridique (99), les tribunaux, en effet, refusent de créer un droit substantiel nouveau, et quand, d'autre part, les tribunaux reçoivent l'action, ceci signifie qu'ils ont accordé la protection juridique à une certaine catégorie d'intérêts, un pas décisif vers la création d'une nouvelle catégorie des droits substantiels (100). Nous avons vu que le Conseil d'Etat s'est servi de la technique de recevabilité pour créer des nouvelles catégories d'intérêts dignes de protection (101). Evidemment, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes en droit judiciaire privé. La raison en est que le droit privé est déjà devenu classique et les intérêts qu'il protège sont plus ou moins fixés avec une certaine netteté. Mais, soit en droit administratif soit en droit privé, la *recevabilité joue un rôle important pour délimiter la sphère de l'activité des juges.*

259. — MM. Cornu et Foyer ont fait le point que « la prétention doit être dite juridique lorsqu'elle porte sur un objet susceptible d'être accordé par le juge en vertu du droit. On dira encore que le litige est juridiquement relevant. Celui, au contraire, qui réclame un avantage que nul juge ne pourrait accorder en vertu d'aucun texte (l'admiration de ses concitoyens, la satisfaction des lecteurs), celui-là émet une prétention non juridique, hors-la-loi » (102). Si la prétention est juridique, cela ne signifie pas qu'elle est nécessairement bien-fondée. « Tel réclame un droit qui n'en a aucun. Sa prétention *juridique* sera mal fondée, si les conditions du droit qu'il invoque ne sont pas réunies. Cette même raison fait que la prétention juridique peut être plus ou moins correctement formulée, expression d'un sentiment

(99) Voy. par exemple : Paris, 5 juillet 1954, D. 1954.706 ; S. 1955.2.1, concl. Dupin ; R.T.D.C. 1955, p. 150, obs. Hébraud : « Considérant que, pour être recevable, toute action en justice doit être fondée sur un intérêt consacré par la règle objective qui confère aux particuliers les prérogatives dont ils jouissent ; que la reconnaissance et la protection d'un intérêt ne sont assurées que s'il repose sur le droit, et présente un caractère, non seulement pécuniaire, mais d'ordre juridique » ; Trib. Gr. Inst. Toulouse, 21 décembre 1964, Gaz. Pal., 1965, 20-23 mars : « Attendu qu'ayant pris soin de préciser qu'il était sans attache familiale avec les personnages ayant fait l'objet de l'émission incriminée, le demandeur, qui ne paie pas la redevance de Radiodiffusion Télévision Française, ne justifie d'aucun intérêt légitime et juridiquement protégé pouvant servir de base à son action. »

(100) *Supra*, n° 152.

(101) *Supra*, n° 158.

(102) Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 37.

souvent vague du droit » (103). L'étude historique et comparative nous a montré que l'action est le droit à la juridiction (104). Pour cela, la recevabilité met en cause toute la question de la légitimité de l'intervention juridictionnelle. Les différentes juridictions sont guidées dans le choix des questions dont elles acceptent d'examiner le bien-fondé, par plusieurs considérations qui varient selon les circonstances du temps et du lieu et dont il sera impossible de dresser un bilan complet. Ceci étant, nous proposons d'examiner le problème de la *juridicité* de la prétention sous deux angles différents :

— de point de vue de *pure opportunité*, et ceci nous amènera à l'étude des « *intérêts collectifs* », en tant que fondement des « *actions collectives* ». La doctrine traite ce problème sous la rubrique d'intérêt pour agir en justice. Mais une analyse plus resserrée est capable de montrer que ce n'est pas une question d'intérêt, dans le sens d'un avantage, qu'aura obtenue le demandeur en cas de succès de sa demande, qui est véritablement en cause, mais c'est bien la question plus étendue de l'opportunité de l'intervention juridictionnelle pour protéger ses intérêts;

— de point de vue de *pure moralité* ou *licéité*, et cela nous amènera, entre autres, à étudier les actions de la concubine. Ici encore la doctrine dominante s'accorde qu'il s'agit là d'une application de la notion d'intérêt. Mais il convient de remarquer que la formule de la jurisprudence que le demandeur doit justifier « d'un intérêt légitime, juridiquement protégé », traduit le pouvoir dont jouissent les juges pour refuser ou accorder la protection judiciaire à certains intérêts.

### § 1. — Les actions des groupements.

260. — L'admission du principe de la protection des intérêts collectifs est l'aboutissement d'une longue évolution dans la législation et la jurisprudence (105). Et aujourd'hui même, la notion des intérêts collectifs reste imprécise malgré sa consécration législative. Les juges continuent à exercer un certain pouvoir créateur dans la fixation de ce qui rentre dans le domaine des intérêts collectifs des différents groupements. Nous essayerons de démontrer comment la question de recevabilité se pose, d'abord pour ce qui concerne les actions syndicales, et ensuite pour ce qui concerne les actions des associations.

#### A. — Les actions syndicales (106) :

261. — A l'époque révolutionnaire, à l'apogée des courants individualistes hostiles à toute interposition institutionnelle de caractère

(103) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 38.
(104) *Supra*, n° 152.
(105) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n°s 244 et s., p. 220 et s.
(106) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n°s 246 et s., p. 222 et s.

collectif entre l'individu et l'Etat, la loi du 9 juin 1791 a prescrit la dissolution des corporations et des jurandes et la loi du 14 juin 1791 a interdit les groupements (107). Obsédé par l'idéal individualiste, on était allé même jusqu'à considérer que l'inexistence des groupements collectifs était un signe des sociétés progressistes dans lesquelles le mouvement est « des groupements aux individus » (108).

262. — En dépit de cette méfiance, les transformations industrielles, économiques et sociales, qui ont si profondément marqué la seconde moitié du XIX[e] siècle, ont fait paraître l'utilité, voire la nécessité de ces groupes intermédiaires entre l'individu et l'Etat. Le progrès dans les domaines scientifiques et industriels a fortifié le pouvoir de l'Etat et étendu la sphère d'action de l'administration. Les individus commencèrent à sentir le besoin de se regrouper pour se défendre en commun. C'est dans ce contexte nouveau qu'est intervenue la loi du 21 mars 1884 dont l'article 3 donnait aux syndicats le droit de défendre les intérêts économiques, industriels et agricoles de ses membres, et l'article 6 accordait à ces organismes le pouvoir d'agir en justice. Ces textes pourtant n'ont pas supprimé toute difficulté. On a prétendu que l'intérêt qu'un syndicat peut prétendre protéger en justice, c'était la somme des intérêts de ses membres. Mais une telle interprétation faussait la nature juridique des syndicats. Le syndicat est une institution, un organe, et dès le moment où il a acquis la personnalité juridique, il aura sa propre existence et ainsi se détache de la personnalité de ses membres (109). L'organe sert une idée et se propose la réalisation de certains buts. Rien de plus normal que de lui donner le pouvoir de réclamer le respect de ses propres intérêts en justice.

263. — Le Conseil d'Etat était le devancier de la Cour de cassation dans cette voie. Ainsi, par un arrêt du 29 juin 1900 (110), la Haute Assemblée a décidé que « les syndicats peuvent agir dans l'exer- dans ses conclusions célèbres devenues maintenant classiques sous dans ces conclusions célèbres devenues maintenant classiques sous l'arrêt du 28 décembre 1906 (111) a formulé pertinemment le principe de l'admission de l'action syndicale « Il faut — a-t-il écrit —

(107) H. DUYPERON, *L'action collective*, Chron. Dalloz, 1952, p. 153.

(108) Sir Henry SUMMER MAINE, *Ancient History*, Cambridge, 1861, conclusion du chapitre V ; J. GRANIER, *Quelques réflexions sur l'action civile*, J.C.P. 1957.I. 1386, spécialement n[os] 94-96.

(109) On comprend donc qu'un syndicat non déclaré dans les formes établies par la loi ne jouit pas de la capacité juridique. Dans cette hypothèse, chacun des membres a seul qualité pour intenter l'action. Voy. Paris, 11 juin 1963, D. 1964, Somm. 27. Par application du même principe, il a été jugé qu'une « *trade union* » anglaise, frappée dans le Royaume-Uni de l'incapacité d'ester en justice, n'est pas recevable à intenter devant les juridictions françaises une action civile syndicale, Paris, 17 mars 1960, D. 1960, Somm. 59.

(110) C.E. 29 juin 1900, Syndicat Agricole d'Herblay, S. 1903.III.I.

(111) Conclusions Romieu sous l'arrêt Syndicat des Patrons Coiffeurs de Limoges, C.E. 28 décembre 1906, Rec., p. 977, S. 1907.III.23.

qu'il s'agisse d'un intérêt professionnel collectif et que les conclusions ne contiennent rien ayant un caractère purement individuel ».

264. — Après une période d'hésitation dans la jurisprudence civile, un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 3 avril 1913 (112) intervint enfin pour affirmer les solutions de la jurisprudence administrative en accueillant l'action du Syndicat général de défense de la Viticulture contre un marchand de vin qui avait additionné d'eau le vin qu'il vendait. Cet arrêt a entériné la distinction déjà préconisée par M. Romieu entre les intérêts individuels d'un ou de plusieurs membres du syndicat de « l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui le composent » (113).

265. — Le législateur a consacré formellement ce mouvement jurisprudentiel par la loi du 12 mars 1920 modifiant l'article 3 de la loi du 21 mars 1884 et a admis le principe que « les syndicats peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits nécessaires à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent » (art. II, Livre III du Code du Travail).

266. — La jurisprudence emploie des formules qui ne laissent aucun doute que les syndicats sont habilités à agir pour réclamer la protection de l'intérêt collectif de la profession. « L'action du syndicat professionnel est recevable à la condition que les faits déférés au juge portent un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent » (114). « La loi n'exige pas d'un syndicat professionnel, pour que son action civile soit recevable, qu'il représente la totalité de la profession, ni que la totalité de ses membres ait subi un préjudice direct du fait de l'infraction poursuivie. Il suffit que l'ensemble de la profession ait subi un préjudice, au moins indirect » (115).

267. — L'action syndicale soulève deux questions différentes : la première concerne la recevabilité de l'action et la seconde son bien-

(112) D.P. 1914.I.65 ; S. 1920.I.49, note Mestre.

(113) Dans le même sens, Civ. 28 novembre 1916, S. 1920.I.49 ; D.P. 1922.I.165.

(114) Crim. 22 novembre 1962, D. 1963, Somm. 47.

(115) Crim. 6 février 1963, Bull. crim. 1963, p. 143, n° 69 ; voy. dans le sens de recevabilité de l'action : C.E. 12 juillet 1957, Ville de Paris, S. 1958.149 ; Soc. 3 mars 1961, Bull. civ., 1961.IV, n° 294, p. 237 ; Crim. 26 mai 1961, D. 1961, Somm. 115 ; Paris, 5 octobre 1962, D. 1963, somm. 35. Mais le préjudice individuel subi par les membres du syndicat ne justifie pas l'exercice de l'action collective : Civ. 7 octobre 1964, J.C.P. 1965.II.14006, note J.G. : un syndicat professionnel intercommunal de protection des exploitations agricoles, agissant contre l'adjudicataire d'une chasse à courre en raison des dégâts causés par des sangliers aux récoltes des adhérents du syndicat, est irrecevable dans son action dont l'objet n'était pas la réparation d'un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, mais celle d'un préjudice individuel subi par des adhérents du syndicat du fait des dégâts causés à leurs cultures.

fondé. La confusion entre ces deux questions rend difficile la recherche d'une solution satisfaisante. Un arrêt de la Chambre Criminelle, et sur renvoi, un arrêt de la cour d'appel de Limoges, montrent l'utilité pratique de ne pas confondre la question de recevabilité avec la question de fond. La Chambre Criminelle a rendu un jugement favorable à la recevabilité de l'action : « même lorsque l'activité d'un comité d'établissement ne concerne qu'un nombre limité d'ouvriers, l'entrave à cette activité lèse l'intérêt collectif de la profession et, par conséquent, les syndicats professionnels ont qualité pour intervenir, et cela indépendamment des actions pouvant être intentées éventuellement par ce comité lui-même » (116). Sur renvoi, la Cour décida que l'action était recevable, mais mal-fondée. « Il n'y a pas lieu en ce cas de faire de différence selon l'importance ou le caractère représentatif du groupement ou du syndicat qui a qualité pour agir... Toutefois, l'action doit être repoussée lorsque les faits visés à l'assignation ne constituent que des allégations qui ne sont assorties d'aucune justification permettant d'apprécier tant l'existence des infractions que la réalité du préjudice allégué » (117).

268. — La distinction entre le fond et la recevabilité n'apparaît pas aussi clairement dans plusieurs arrêts. On peut dire que toutes les fois que le rejet de l'action se fonde sur l'absence de la lésion de l'intérêt collectif, il s'agit d'un arrêt de mal-fondé et non d'un arrêt d'irrecevabilité. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt qui n'admit pas l'intervention du syndicat des écrivains dans une action opposant un écrivain et une partie qui se prétend lésée par la publication d'un roman, au motif qu'aucun préjudice, même éventuel, ne saurait résulter pour le syndicat de l'exercice d'une action à laquelle il n'a pas été appelé et qui n'est susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs de la profession (118). Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que si un syndicat a pour but de défendre les intérêts d'une appellation d'origine qu'il représente, d'en développer la renommée et le prestige, de rechercher et réprimer les fraudes viticoles, les actes de concurrence déloyale et les faits de nature à causer un préjudice aux intérêts qu'il représente, cette vocation qui résulte des statuts-mêmes ne saurait justifier son intervention dans un différend opposant deux propriétaires voisins dont les seuls intérêts particuliers sont en jeu, et qui demeure absolument étranger aux intérêts généraux que le syndicat a pour mission de défendre (119) ; que doit être repoussée la demande d'un syndicat professionnel tendant à l'annulation d'élections des délégués du personnel dès lors qu'il n'est pas contesté que la prétendue inobservation de la loi ne lui a causé aucun préjudice (120) ; que doit être rejetée la demande formulée par la Fédération

(116) Crim. 7 octobre 1960, D. 1960.294, note J.-M. Verdier.
(117) Limoges, 2 juin 1960, D. 1960.644, note J.-M. Verdier.
(118) Paris, 10 juillet 1957, D. 1957.622, note Lindon.
(119) Bordeaux, 23 mai 1960, S. 1961.315.
(120) Civ. 8 mars 1961, D. 1961.445.

nationale des producteurs de vins de consommation courante qui ne justifie pas d'un préjudice collectif et professionnel, fût-il simplement moral, susceptible d'être causé à ses adhérents par les faits retenus par la prévention (poursuites en falsification et complicités) (121).

269. — A notre avis, tous ces arrêts n'ont pas mis en doute le principe de la recevabilité de l'action syndicale pour défendre les intérêts collectifs de la profession. Seulement, ils se sont montrés exigeants dans l'appréciation de la réalité et de l'actualité du préjudice prétendu. Mais certains arrêts vont plus loin en voulant restreindre le principe même de la recevabilité de l'action. On peut citer comme exemple un arrêt récent de la Chambre Criminelle (122). Les directeurs d'une société dont l'objet est la vente du café, ont organisé un concours entre les acheteurs des produits à eux vendus, et offert à ceux qui devaient être les gagnants de ce concours, l'espérance d'un bénéfice qui devait être acquis par la voie du sort. Les directeurs ont été condamnés aux peines prévues par la loi pénale. Le syndicat des torréfacteurs et négociants en café de Lyon et de la région Rhône-Alpes, s'était porté partie civile. La question s'est posée de savoir si l'acte illicite reproché aux directeurs a pu causer un préjudice, direct ou indirect, aux intérêts collectifs que le syndicat demandeur représente. La Cour de Chambéry a répondu par la négative. La Cour de cassation confirma la décision et ajouta un autre motif : « Attendu que cette décision fait une exacte application des dispositions de l'art. II, Livre III, C. trav. qui confère sans doute aux syndicats professionnels le droit d'intervenir comme parties civiles dans la poursuite des infractions qui portent préjudice aux intérêts généraux de la profession qu'ils représentent, mais ne les autorise nullement à faire état du dommage que cause à l'ordre social une infraction à la loi pénale, alors que ce dommage est celui-là même dont le ministère public a la charge de poursuivre la réparation ». La formule employée par la Cour de cassation semble apporter une restriction sérieuse à la recevabilité de l'action syndicale : chaque fois que l'intérêt collectif de la profession coïncide avec l'intérêt général de la société, le syndicat ne peut pas faire valoir cet intérêt en justice. Si l'on emploie un langage imagé, on peut dire que l'intérêt général *prédomine* l'intérêt collectif « particulier » et *supprime* le droit d'agir qui en découle. Seul, le ministère public conserve le droit d'agir. Mais la majorité de la doctrine n'approuve pas l'introduction d'une telle restriction. L'existence d'un intérêt collectif n'est pas nécessairement exclue par la présence d'un intérêt général identique (123).

(121) Crim. 7 décembre 1961, D. 1962, Somm. 54.

(122) Crim. 4 novembre 1959, D. 1960.81.

(123) Verdier, note D. 1960.294, spécialement p. 298, 2e col. ; P. Durand, *Défense de l'action syndicale*, chr. D. 1960, p. 21 ; H. et L. Mazeaud, obs. R.T.D.C. 1957, p. 692. En faveur de la tendance restrictive, voy. J. Larguier, *L'action publique menacée*, Chr. D. 1958, p. 29 : *id.*, *L'action publique et l'action civile dans le*

De plus, l'exclusion systématique de l'action syndicale sous le prétexte de la présence d'un intérêt général, réduirait démesurément le champ d'application et l'utilité pratique de cette action (124).

270. — On peut rapprocher des actions syndicales les actions intentées par les différents ordres professionnels (125). Pour certains ordres, le problème se pose exactement dans les mêmes termes : un texte spécial accorde à l'ordre le droit d'agir pour réclamer la protection des intérêts collectifs de la profession que l'ordre représente. Mais pour certains ordres, le problème est compliqué par le fait que les textes qui accordent le droit d'agir ne le font pas en des termes généraux, mais semblent, au contraire, le limiter à certains faits seulement, ce qui a permis à la jurisprudence d'adopter quelquefois une tendance restrictive (126).

### B. — Les actions des associations.

271. — En cette matière, règnent beaucoup d'incertitudes à cause du manque des textes législatifs de base qui accordent aux associations le pouvoir d'agir en vue de la protection de leurs intérêts collectifs, comme c'est le cas pour les syndicats et les ordres professionnels. Cela s'explique par plusieurs raisons. Les associations se forment pour étudier et défendre les buts les plus divers : défendre la mémoire d'un grand personnage (ex. l'Association pour la défense de la mémoire du Maréchal Pétain), lutter pour la sobriété (les diverses associations antialcooliques), maintenir vif dans les esprits un certain idéal moral ou politique (ex. l'idéal de la Résistance). Il est évident qu'ouvrir le prétoire sans restriction devant tout groupement de personnes qui se réclame le droit de défendre une certaine catégorie des intérêts collectifs n'est pas une solution pratique. D'une part, la journée du juge n'a que 24 heures et, d'autre part, les motifs les plus divers poussent ces organismes à agir (127). Peut-être, ce sont les directeurs qui veulent justifier leur utilité et attirer la publicité par leur activité en se constituant parties civiles dans les poursuites pénales aux audiences desquelles les journalistes normalement sont assidus à assister. Peut-être s'agit-il d'un réveil de la moralité, ou tout simplement — ce qui est grave —

*Code de procédure civile*, J.C.P. 1959.II, éd. G. 1495 ; J. Granier, *Quelques réflexions sur l'action civile*, J.C.P. 1957.I.1386, spécialement n°s 94-96 ; Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris 1963, pp. 63-66.

(124) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 249, p. 229.

(125) Voy. pour les détails, Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 258, p. 239.

(126) Voy. par exemple, pour l'ordre des avocats : Crim., 10 octobre 1961, D. 1962.66, note Crémieu. Comp. la formule libérale du C.E. 9 mars 1962, Rec. p. 156 : Le Conseil de l'ordre des avocats a qualité pour contester, par la voie de recours pour excès de pouvoir, la légalité d'un arrêté d'approbation des statuts de la Caisse nationale des Barreaux français, dès lors que cette décision est susceptible de porter atteinte aux *intérêts collectifs de ses membres.*

(127) Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 350.

d'un goût de plaisir et de jeu. De plus, on a vu dans les actions des associations un empiètement sur la prérogative du ministère public, l'organe étatique, qui a pour mission d'agir et d'intervenir pour la défense des intérêts de la collectivité, et un danger qui marquera « une étape vers la désagrégation du pouvoir et l'asservissement de l'Etat à une féodalité de groupes d'intérêts » (128).

272. — Le législateur, de sa part, a accordé, par des textes spéciaux, le pouvoir d'agir à certaines associations pour les habiliter à défendre en justice leurs intérêts (129). Ces textes légaux sont des textes sur la recevabilité et, par conséquent, ils limitent le pouvoir du juge sur ce point (130).

273. — Dans l'absence d'un texte législatif, la jurisprudence, et notamment la jurisprudence répressive, se montre très restrictive et refuse souvent d'accorder la protection judiciaire aux intérêts collectifs de l'association (131). Cette tendance restrictive a été vivement critiquée par la doctrine qui conçoit mal la différenciation entre la recevabilité des actions associationnelles et les actions syndicales (132), d'autant plus que la jurisprudence administrative accueille l'action associationnelle dans les mêmes conditions que l'action syndicale (133). Certains auteurs ont proposé de distinguer entre les associations à but intéressé, dont les actions doivent être freinées et limitées, et les associations à but désintéressé dont les actions doivent être largement autorisées (134).

On a également proposé de réserver le droit d'agir en justice aux associations reconnues d'utilité publique. « De cette manière, grâce au contrôle exercé, seraient dissipées les craintes que l'on peut nourrir à l'égard des interventions parfois excessives de certaines associations » (135).

(128) J. Audinet, *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, R.T.D.C. 1955, n° 29, p. 236.

(129) Par exemple : article 125, alinéa 3 du Code de la Famille pour les associations dont le but direct ou indirect est d'assurer la protection des intérêts matériels ou moraux de la famille ; pour d'autres exemples, voy. Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 251, p. 231.

(130) Naturellement, le pouvoir du juge paraîtrait créateur dans la détermination des fins poursuivies en justice qui doivent rentrer dans l'objet de l'association, tel qu'il est précisé par la loi et les statuts. Ainsi, la Chambre criminelle a jugé que, seules, peuvent agir en justice les associations légalement qualifiées pour la défense des intérêts généraux en considération desquels elles ont été légalement constituées, Crim., 11 février 1954, D. 1955.287, rapport Patin.

(131) Cass. Chamb. réunies, 15 juin 1923, S. 1924.I.49 ; Crim., 11 février 1954, J.C.P. 54.II.1994 ; Crim., 16 décembre 1954, D. 1955.287. Voy. Vouin, *De la recevabilité de l'action « syndicale » des associations*, J.C.P. 1955.I.1207.

(132) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 251, p. 221.

(133) Debbasch, *Proc. adm. cont. et proc. civ.*, n° 268, p. 266 ; De Laubadère, *Tr. élém. dr. adm.*, T. I, n° 862, p. 463.

(134) Cf. Audinet, article précité, R.T.D.C. 1955, pp. 236-239.

(135) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 256, p. 239. Dans le même sens : B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963, pp. 71-72.

274. — Il importe d'observer que, même en présence d'un texte qui autorise l'action associationnelle, la jurisprudence a toujours un pouvoir créateur pour déterminer les intérêts qui correspondent à l'objet de l'association. Ici encore, il est utile de ne pas confondre la question de recevabilité avec les questions du fond proprement dit. Nous avons vu, à propos des actions syndicales (136), que l'existence ou l'inexistence d'un préjudice réel et certain est une question de fond, qui se pose une fois résolue la question préalable de recevabilité. La même conclusion est valable pour l'action associationnelle. Mais il serait excessif de ne pas admettre que la distinction est subtile, et souvent on déduit de l'inexistence d'un préjudice la conclusion que le groupement n'a pas le pouvoir de faire respecter en justice certains intérêts. Quant aux arrêts, certains d'entre eux confondent manifestement la question de recevabilité avec la question du fond, tandis que certains autres évitent soigneusement cette confusion.

275. — On peut citer, à titre d'exemple, deux arrêts qui ne distinguent pas entre le fond et la recevabilité :

276. — 1° Suivant le décret du 11 avril 1958, art. 3, dans chaque département, les associations agréées de pêche et de pisciculture sont réunies en une fédération unique. Ces fédérations départementales ont pour attribution d'assurer la répression du braconnage, la protection et la reproduction du poisson d'eau douce et, d'une manière générale, la mise en valeur des eaux douces. Un pêcheur ayant utilisé un filet qui n'a pas les dimensions règlementaires, la Fédération s'est constituée partie civile contre lui. La Cour de Riom a décidé qu'« en pêchant avec un filet n'ayant pas les dimensions réglementaires, le prévenu prend nécessairement des poissons qu'un filet à mailles normales ne lui aurait pas permis d'attraper; il cause donc bien à la Fédération un préjudice actuel, personnel et direct, lequel trouve sa source dans l'infraction commise, *et il y a donc lieu de déclarer recevable l'intervention de cette fédération* » (137).

En stricte analyse, l'action de la Fédération n'est pas seulement recevable, elle est bien-fondée.

277. — 2° Il a été décidé qu'est *irrecevable* l'action intentée par la fédération départementale des chasseurs au motif que le délit n'a pas occasionné à la fédération un préjudice direct et actuel procédant de l'obligation de repeuplement du gibier qui lui est imposée par la loi (138). Selon notre analyse, il s'agit d'un cas de mal-fondé et non d'un cas d'irrecevabilité. Il est regrettable que la décision ne s'est pas prononcée séparément sur la question préalable de recevabilité.

(136) *Supra*, n° 267.

(137) Riom, 17 février 1960, D. 1960.200.

(138) Crim., 5 décembre 1963, D. 1964.150 ; voy. dans le même sens : Crim., 16 octobre 1963, D. 1964.9.

278. — Comme exemples des arrêts qui distinguent entre la recevabilité et le fond, on peut citer plusieurs arrêts récents concernant l'action du Comité national de défense contre l'alcoolisme. Ce comité est habilité d'agir en justice pour lutter contre l'alcoolisme, en vertu de l'article 14 de la loi du 9 novembre 1915 et l'article 96 du code antialcoolique.

279. — 1° Un arrêt de la Cour de Paris fait une distinction très nette entre la question de recevabilité et la question de fond. « La Cour... reçoit le Comité national de défense contre l'alcoolisme en qualité de partie intervenante à l'instance,... dit que le comité ne rapporte pas la preuve d'un préjudice quelconque ayant sa source dans la contravention connexe retenue à l'encontre du prévenu pour ivresse publique et manifeste; le déboute, en conséquence, de ses demandes, fins et conclusions » (139). La Cour de cassation a confirmé cette décision. « Il est fait une exacte application de la loi par l'arrêt qui, tout en déclarant recevable la constitution de partie civile du comité à l'occasion de poursuites pour blessures involontaires et ivresse publique, écarte sa demande de dommages et intérêts au motif que n'existaient pour lui ni dommage matériel, ni préjudice moral » (140).

280. — 2° Un autre arrêt de la Cour de Paris a adopté le même raisonnement. « Considérant qu'il est établi et définitivement jugé que Marsan, conduisant une voiture automobile, était sous l'influence d'un état alcoolique lorsqu'il a heurté deux autres véhicules en stationnement et leur a causé des dégâts et, qu'invité à subir une prise de sang, il s'y est refusé; — Considérant que ces faits sont visés et réprimés par le code des boissons dans le titre V, concernant la lutte contre l'alcoolisme, et que le même code, dans le titre VI, a habilité spécialement les ligues antialcooliques pour exercer les droits reconnus à la partie civile, relativement aux faits contraires aux dispositions dudit code, qu'ainsi le Comité national de défense contre l'alcoolisme est, *en la forme, recevable en sa constitution*; — Considérant, au fond, qu'il est toutefois indispensable que le préjudice dont entend se prévaloir cet organisme soit distinct et différent du préjudice social dont le ministère public poursuit seul la réparation; qu'en l'espèce, le refus du prélèvement sanguin, seul poursuivi en la cause, n'a pu être générateur d'aucun préjudice quelconque à l'encontre du Comité national de défense contre l'alcoolisme. Par ces motifs, reçoit, en la forme, le C.N.D.A. en son appel; au fond, l'en déboutant, confirme le jugement entrepris (141).

281 — 3° La jurisprudence se montre exigeante dans l'appréciation du préjudice subi. La Chambre Criminelle a décidé que doit

(139) Paris, 28 novembre 1958, S. 1959.183.
(140) Crim., 24 novembre 1959, D. 1959.41.
(141) Paris, 1er et 20 mars 1961, 2e espèce, D. 1961.563, note A. Tunc.

être cassé l'arrêt qui, pour accorder des dommages-intérêts au C.N.D.A. constitué partie civile dans les poursuites pour conduite en état d'ivresse et pour refus de prélèvement sanguin, donne pour seuls motifs que le comité a pour but de lutter contre l'alcoolisme et que la conduite de véhicules sous l'empire d'un état alcoolique augmenta sa tâche et ses frais généraux, alors que la Cour n'a pas ainsi démontré que ce comité ait éprouvé un dommage résultant directement des infractions relevées (142).

## § 2. — La recevabilité et la moralité.

282. — On constate que la jurisprudence se sert de la notion d'irrecevabilité pour repousser les demandes entachées d'immoralité. On sait que la morale et le droit ne coïncident pas toujours (143). Il ne faut donc pas s'étonner si la jurisprudence se sert de la technique d'irrecevabilité pour introduire des considérations morales dans le domaine proprement juridique. Il n'est pas dans notre intention d'entreprendre une étude d'ensemble sur les relations entre le droit et la morale, cela dépasse le cadre de notre sujet. Nous nous contenterons d'envisager le problème des rapports entre la morale et le droit pour ce qui concerne l'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et pour ce qui concerne la recevabilité de l'action de la concubine. L'étude de ces deux questions nous permettra de préciser davantage le rôle créateur de la recevabilité.

### A. — La règle « nemo auditur propriam turpitudinem allegans ».

283. — L'adage *nemo auditur*, qui n'est écrit nulle part dans le code civil, est souvent appliqué par la jurisprudence pour repousser

(142) Crim., 25 janvier 1962, D. 1962.224. Dans le même sens : Crim., 2 mars 1960, D. 1960.653 ; Amiens, 24 janvier 1963, D. 1963, Somm. 79. Voy. cependant : Paris, 24 mars 1961 et 12 janvier 1962, D. 1962.227, 2e espèce : « Considérant que l'action du comité dans la défense contre l'alcoolisme se manifeste par d'importants frais de publicité, de surveillance et d'intervention, que les faits reprochés à Mercier ont porté atteinte aux intérêts dont le comité a la charge ; qu'ainsi ils font subir au comité un préjudice direct et distinct du préjudice social, dont le ministère public est chargé de poursuivre la réparation. » Il est clair que ce dernier arrêt se distingue par son libéralisme dans l'appréciation du dommage prétendu. La doctrine est en faveur de la tendance extensive. A. Tunc, note D. 196.563 ; R. Meurisse, *La conduite en état d'ivresse*, Gaz. Pal. 1961.2, Doctrine, p. 55, § III ; J. Larguier, *L'alcool, la police et le sang*, D. 1962, Chr. p. 9, spécialement, p. 14.

(143) Del Vecchio, *Philosophie du droit*, traduit de l'italien par A. D'Aynac, Paris, 1953, pp. 22-23, pp. 272-279 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, 1950 ; *id.*, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 171 et s. ; M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 24 et s. ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, pp. 226-227 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris 1962, traduit de l'allemand par Ch. Eisenmann, p. 79 et s. ; H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, p. 151 et s.

les demandes entachées d'immoralité ou d'indignité (144). En lisant les arrêts de la jurisprudence, on s'aperçoit que celle-ci suit une politique empirique. Les circonstances varient d'un cas d'espèce à l'autre, ce qui justifie l'adoption des solutions différentes que la doctrine trouve extrêmement difficile de rattacher à des principes cohérents.

Nous proposons de commencer par l'analyse des arrêts de la jurisprudence et, à la lumière de cette analyse, il nous sera possible de déterminer la nature de la règle *nemo auditur*.

### 1. — *Analyse de la jurisprudence.*

284. — Il faut distinguer entre l'application de l'adage dans les relations de responsabilité délictuelle et son application dans les rapports contractuels.

#### 1° *La responsabilité délictuelle et l'adage « nemo auditur » :*

285. — L'idée sous-jacente à la règle *nemo auditur* est que nul ne doit être autorisé à s'appuyer sur sa propre indignité pour gagner une cause. Cette idée est valable tant dans le domaine des relations contractuelles que dans le domaine des relations extra-contractuelles. La jurisprudence nous offre des exemples intéressants qui mettent en lumière les effets de l'adage *nemo auditur*, comme règle de procédure, sur les règles de fond concernant la responsabilité civile.

286. — Une jeune fille enceinte a recouru aux services d'un avorteur pour ne pas avoir un enfant en dehors du mariage. Les manœuvres abortives ont causé la folie de la jeune fille qui était encore mineure. Les parents de la fille ont intenté une action civile contre l'avorteur pour obtenir une réparation du préjudice personnel qu'ils ont encouru à la suite de la folie de leur fille. La Cour de Montpellier rejeta l'action en raison de la faute des parents. « Cette faute, a dit la Cour, est constituée par un défaut de vigilance de leur part dans la surveillance de la conduite de leur fille ». Jusqu'ici, la Cour a fait une application des règles de fond de la responsabilité et l'arrêt n'aurait pas retenu notre attention si la Cour n'était pas allée encore plus loin en donnant avec insistance au jugement une coloration morale. « Attendu qu'au surplus, la responsabilité morale découlant du défaut de surveillance qui pèse sur les parents, donne à leur intervention un caractère pour le moins hasardeux qui, même en dehors des considé-

(144) Voy. GROSPIRON, *L'exécution des conventions immorales*, Thèse, Paris 1938 ; SAINT-CYR, *La notion juridique des bonnes mœurs*, Thèse, Bordeaux, 1939 ; SAIGET, *Le contrat immoral*, Thèse, Paris, 1939 ; SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, Thèse, Lyon 1930 ; CARDAHI, *L'exécution des conventions immorales ou illicites*, Rev. int. dr. comp. 1951, p. 385 ; BÉRAUD, *L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente*, J.C.P. 1952.I.1029 ; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Tr. dr. civ.*, T. II, n° 759, p. 280 ; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II (2e éd.), p. 638 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, n° 213, p. 191 ; CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, pp. 439, 441 ; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Tr. dr. civil*, T. II, n° 792, p. 444.

rations juridiques ci-dessus exposées, ne permettait pas de faire droit à leur action en dommages-intérêts » (145). Ce qui revient à dire que le comportement immoral des parents constitue un *obstacle anticipé* à la recevabilité de leur action en réparation.

287. — Dans une autre affaire, une femme mariée était tuée dans un accident de voiture. Le transporteur était son concubin. Le mari et l'enfant de la victime ont intenté contre celui-ci une action de dommages-intérêts. La Cour de Dijon a décidé que le transport était gratuit en raison de l'illicéité de l'intérêt du transporteur et que, par conséquent, les demandeurs n'étaient pas fondés à se prévaloir contre celui-ci de la présomption de responsabilité de l'article 1384, alinéa 1er, C. civ. La Cour s'est servie d'un autre argument : l'adage *nemo auditur* interdit au mari et à l'enfant de faire état, à l'appui de la demande en réparation, du comportement immoral de leur épouse et mère (146).

Dans sa note sous cet arrêt, M. Ponsard a fait remarquer que l'adage *nemo auditur* est une règle de procédure qui apporte « une limitation du droit d'action fondée sur l'indignité du plaideur ». Mais, à son avis, il s'agit d'une règle qui ne peut être opposée qu'à l'action personnelle de la victime : « L'immoralité est une chose très personnelle pour pouvoir être invoquée contre une personne autre que le coupable ».

288. — Lorsque c'est l'immoralité du demandeur qui est en cause, il n'y a pas de difficulté. Un accident était survenu à une concubine au cours d'un transport dans le véhicule de son amant. La concubine a intenté une action en dommages-intérêts et a prétendu que la promenade que lui a offerte son concubin n'était pas sans contrepartie et que, par conséquent, le transport n'était pas bénévole. Il a été jugé que l'intérêt invoqué était à la fois illicite et dépourvu de tout intérêt patrimonial (147). Ainsi, la concubine a été empêchée de tirer parti de sa propre indignité.

2° *Les rapports contractuels et l'adage « nemo auditur » :*

289. — La règle *nemo auditur* est appliquée par la jurisprudence pour écarter les demandes en exécution ou en dommages-intérêts pour inexécution des contrats nuls pour immoralité ou illicéité. Mais rien n'empêche que la règle soit invoquée contre la recevabilité des demandes en nullité.

290. — *a*) L'action pour demander la nullité d'un contrat immoral ou illicite est ouverte à tout intéressé. Les contractants eux-mêmes peuvent l'intenter (148). Mais la Cour de cassation n'a pas suivi cette

(145) Montpellier, 6 juillet 1950, J.C.P., 1951.I.5963, note Chavanne.
(146) Dijon, 26 janvier 1950, D. 1950.176, note Ponsard.
(147) Cass. civ., 19 mai 1959, S. 1959.106.
(148) Com. 25 octobre 1949, Gaz. Pal., 1950.I.127 ; Paris, 2 juillet 1951, Gaz. Pal., 1951.2.185.

règle dans un arrêt récent. Deux époux ont entretenu des rapports avec l'ennemi en donnant à un organisme allemand, pendant l'occupation, une procuration pour vendre leur immeuble. Après la libération, les époux demandèrent l'annulation de la procuration. Il a été décidé que les époux ne pouvaient pas se prévaloir d'une interdiction des rapports avec l'ennemi qu'ils avaient été les premiers à méconnaître (149). Cet arrêt est intéressant dans la mesure où il indique la tendance de la jurisprudence à repousser l'action du demandeur dont le comportement est blâmable et à accueillir l'action quand on ne peut faire aucun reproche au demandeur (150).

291. — *b*) La règle *nemo auditur* est appliquée par la jurisprudence pour écarter les demandes en exécution d'un contrat immoral (151) ou illicite (152), et les demandes en dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat immoral (153) ou illicite (154). Il est difficile de s'entendre sur un critérium d'indignité. La Cour de cassation (155) a décidé que l'adage *nemo auditur* n'est pas opposable à l'action du chansonnier contre le directeur d'un cabaret dont l'établissement a été fermé pour hausse illicite des prix, pour réclamer les rémunérations et indemnités auxquelles celui-ci aurait eu droit si l'établissement n'avait pas été fermé. Dans sa note sous cet arrêt, M.A. Tunc a critiqué vivement la solution adoptée par la Cour (156). Il est apparu à M. Tunc que, dans les circonstances de l'affaire, le chansonnier n'était pas digne que lui soit accordé une action. Il touchait des sommes très élevées dans une période qui était particulièrement difficile pour la majorité des travailleurs français. Cela montre jusqu'à quel point l'opinion peut être partagée sur l'appréciation de l'indignité du demandeur.

Plus encore : la Chambre Criminelle de la Cour de cassation a décidé la recevabilité de la demande entachée d'indignité lorsque les faits qui ont déterminé la nullité du contrat constituent un délit pénal. « L'article 1131 C. civ., s'il déclare sans effet l'obligation pour

(149) Cass. civ., 16 juillet 1959, Bull. civ. I, p. 298.

(150) Voy. par exemple : Trib. Com. Seine, 23 décembre 1948, Gaz. Pal., 1949.1.228 : « L'acquéreur qui a payé une marchandise sujette à taxation au-dessus du prix licite peut intenter une action en répétition de l'indû contre son vendeur pour la partie du prix excédant la taxe, le caractère illicite d'un marché passé au-dessus de la taxe ne mettant pas obstacle au jeu des règles de la répétition de l'indû prévu par l'article 1376 C. civ., *à condition que la partie qui poursuit la répétition n'ait pas elle-même poursuivi un but illicite.* L'acquéreur est donc fondé à réclamer au vendeur le remboursement de l'indû sur le prix d'achat des fruits de la catégorie qui lui a été expédiée. »

(151) Soc. 8 janvier 1964, D. 1964.267 : une femme qui a été employée comme femme de chambre dans une maison de tolérance, ne peut pas demander le paiement d'un solde de salaires.

(152) Paris, 22 mai 1947, D. 1947.380 ; Civ. 21 janvier 1954, D. 1954.254.

(153) Montpellier, 18 octobre 1949, Gaz. Pal., 1949.2.324.

(154) Req. 30 juillet 1945, D. 1946.20.

(165) Soc., 12 juillet 1945, D. 1946.105, note A. Tunc.

(156) A. Tunc, note D. 1945.105.

cause illicite, ne vise pas les obligations ayant leur source dans un délit caractérisé par la loi pénale et dont la somme allouée par les juges à la partie civile constitue la réparation ». En conséquence, la prostituée qui s'est portée partie civile contre son amant, poursuivi pour exercice du métier de souteneur, est recevable à demander le remboursement des produits de la prostitution qu'elle lui a versés (157). M. Savatier a vu, dans cette décision, une manifestation de l'autonomie du droit pénal mais regrette que la prostituée ait pu tirer profit de sa turpitude (158). MM. Hémard et Hugueney ont approuvé la décision. Pour l'un, l'action de la prostituée est engendrée par un délit pénal et doit être considérée comme un prolongement de l'effet répressif de la condamnation (159). Pour l'autre, la recevabilité de l'action de la prostituée aurait l'utilité de la pousser à se porter dénonciatrice (160). Dans le même sens, la Chambre Criminelle a décidé que le bénéficiaire d'un chèque sans provision, qui l'a accepté le sachant sans provision, est recevable à se porter partie civile et à demander réparation du préjudice qu'il a pu subir du fait du délit (161) ; que l'acheteur clandestin de pièces d'or est recevable à demander la répétition du prix qu'il a payé au vendeur escroc, lequel lui a remis des pièces fausses (162).

292. — *c*) Si le contrat nul est exécuté, la règle *nemo auditur* s'oppose à la recevabilité de la demande en répétition ou en restitution formée par le cocontractant dont le comportement est indigne. Le cocontractant innocent, auquel on ne peut reprocher aucune turpitude, peut réclamer la répétition (163). Si les deux cocontractants sont indignes, la règle *nemo auditur* est opposable à chacun d'eux : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio.* Ainsi, il a été décidé qu'est irrecevable la demande reconventionnelle de la société ennemie en paiement des sommes dont le demandeur se trouverait redevable envers elle (164) et que « lorsqu'un établissement industriel a consenti la location d'un matériel de travaux publics à une entreprise qui, à sa connaissance, travaillait pour le compte des armées d'occupation, le locateur du matériel a ainsi participé à l'exécution de travaux destinés à servir contre la France et, de la sorte, a fait des actes de commerce avec les agents d'une puissance ennemie; il en résulte que le marché conclu est nul et ne peut être l'objet d'un litige devant les tribunaux français, ni quant au prix de la location, ni quant à la res-

(157) Cass. crim., 7 juin 1945, D. 1946.149, note R. Savatier ; J.C.P., 1946.II. 2955, note Hémard, R.T.D.C. 1946, p. 30, obs. H. et L. Mazeaud.

(158) R. Savatier, note D. 1946.149.

(159) Hémard, note J.C.P. 1946.II.2955.

(160) Hugueney, *Rev. int. dr. pénal*, 1946, p. 173 ; cité par Cardahi, *Rev. int. dr. comp.*, 1951, p. 392.

(161) Crim., 8 décembre 1953, D. 1954.437, note Voirin.

(162) Crim. 3 juillet 1947, J.C.P., 1948.II.4474, note Carbonnier.

(163) Lagrange, J.C. civ., art. 1131-1133, fasc. 10, n° 87.

(164) Paris, 2 juillet 1951, Gaz. Pal., 1951.2.185.

titution du matériel loué » (165). Dans le même ordre d'idées, il a été décidé qu'est irrecevable l'action en répétition formée par l'apporteur de fonds à une société dont la cause est immorale (166). Mais dans un arrêt récent, la Cour de cassation a décidé que « la cause illicite de la convention ne faisait pas obstacle à l'exercice d'une action en répétition de la somme alléguée » (167). Ce dernier arrêt entre dans la ligne de la jurisprudence qui exclut l'application de l'adage *nemo auditur* en cas d'illicéité (168).

3° *La règle « nemo auditur » est une fin de non-recevoir :*

293. — La majorité de la doctrine regarde la règle *nemo auditur* comme une fin de non-recevoir : la licéité ou la moralité est une condition de recevabilité tenant à l'objet de l'action (169). On ne peut pas tirer du langage des jugements un argument décisif : certains arrêts parlent de recevabilité (170) et certains autres parlent de bien-fondé (171). Nous croyons que l'opinion des processualistes mérite d'être approuvée. L'examen du fondement de la règle indique qu'il s'agit d'une règle qui appartient au droit judiciaire plutôt qu'au droit de fond.

On sait que les juristes du XIX^e^ siècle ont cru que le fondement de la règle *nemo auditur* s'attache à la dignité de la magistrature : les juges doivent s'abstenir de s'immiscer dans le monde de l'immoralité et de l'indignité (172). La doctrine moderne a critiqué ce raisonnement. L'expérience montre que les tribunaux en maintes occasions n'hésitent pas à intervenir dans les choses indignes et entachées de turpitude, précisément pour faire valoir les principes de dignité et de moralité. De plus, si ce raisonnement était vrai, les tribunaux auraient été amenés à écarter également les demandes en nullité (173), ce qu'ils ne font pas. Ce n'est donc pas le souci de défendre la dignité de la magistrature qui dicte la règle *nemo auditur*, mais c'est plutôt le souci de mettre les parties indignes sous la menace d'une insécurité

(165) Paris, 12 mai 1949, Gaz. Pal., 1949.2.48.

(166) Cass. com. 6 novembre 1956, Bull. civ. III, p. 236.

(167) Cass. civ., 19 décembre 1960, Bull. civ., 1960.I, p. 447.

(168) Cass. soc., 15 mars 1945, D. 1945.303 ; Aix, 28 mars 1945, Gaz. Pal., 1945.2.12.

(169) Vizoz, obs. R.T.D.C. 1940-1941, p. 313 ; 1946, p. 246 ; 1948, p. 94 ; Cuche et Vincent, *Précis proc. civ.*, n° 20 *bis*, Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 285 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 26, p. 30 ; Ponsard, note D. 1950, 176, spéc. p. 180 ; Marty et Raynaud, *Dr. civ.*, T. I, n° 189, p. 308 ; *Contra*, Solus et Perrot, *Dr. jud. pr.*, T. I, n° 228.

(170) Voy. par exemple : Crim., 7 juin 1945, D. 1946.149 ; Trib. civ. Seine, 10 juin 1947, Gaz. Pal., 1947.2.128 ; Paris, 12 mai 1948, Gaz. Pal., 1948.2.48 ; Paris, 22 mai 1947, D. 1947.380 ; Montpellier, 18 octobre 1949, Gaz. Pal., 1949.2.324 ; Paris, 2 juillet 1951, Gaz. Pal., 1951.2.185.

(171) Voy. par exemple : Trib. civ. Seine, 23 décembre 1948, Gaz. Pal., 1949.1. 228 ; Cass. soc., 8 janvier 1964, D. 1964.267.

(172) Mazeaud, *Leçons de dr. civ.*, T. II, p. 638.

(173) Mazeaud, *Leçons de dr. civ.*, T. II, p. 638.

redoutable (174). La personne qui prête de l'argent à une femme mariée pour qu'elle puisse fuir avec son amant sait qu'elle ne peut demander la restitution de la somme qu'elle a avancée (175). Le bailleur d'une maison de tolérance sait qu'il ne peut demander l'expulsion du locataire (176). La concubine expulsée sait qu'elle ne peut demander d'être réintégrée dans l'appartement de son amant (177).

Les formules employées par certains arrêts révèlent que le problème était d'accorder ou de ne pas accorder une action : « le contrat ne peut être l'objet d'un litige devant les tribunaux français » (178). Nous avons vu que l'action est le droit à la juridiction. Or, quand les tribunaux appliquent la règle *nemo auditur*, ils limitent en effet leur juridiction. Par ce procédé, ils paralysent le jeu normal des règles de fond.

294. — On peut se demander si ce procédé est le plus approprié pour punir l'indignité. Au lieu de se mettre en dehors des litiges entachés d'indignité, n'est-il pas souhaitable que le juge assume un rôle plus positif pour réprimer effectivement les situations immorales. M. Béraud a critiqué l'attitude de la jurisprudence. « Il faut que le glaive de la justice puisse s'abattre de deux côtés à la fois, que le bien mal acquis ne soit pas restitué à un demandeur indigne ou laissé à un défendeur honteux ». Il vaudrait mieux adopter une solution plus énergique, comme par exemple, attribuer le bien litigieux à des établissements comme les hospices ou les bureaux de bienfaisance. « C'est alors que la règle morale, retrouvant son entier éclat, *nemo auditur*, pourra, dans toute sa pureté, exprimer le cri de la justice indignée » (179).

295. — Quoiqu'il en soit, la règle *nemo auditur*, telle qu'elle est appliquée par la jurisprudence, s'analyse bien en un obstacle à la mise en œuvre des règles de fond concernant la responsabilité délictuelle ou les effets d'un contrat illicite ou immoral.

### B. — L'action de la concubine.

296. — La jurisprudence s'appuie sur des considérations morales pour repousser l'action en dommages-intérêts intentée par la concubine contre le responsable de l'accident survenu à son amant (180).

(174) Mazeaud, *op.* et *loc. cit.* ; Carbonnier, *Dr. civ.*, T. II, p. 442.

(175) Req., 17 avril 1923, D. 1923.I.172.

(176) *Civ.*, 27 décembre 1945, Gaz. Pal., 1946.I.88.

(177) *Trib. civ. Seine*, 10 juin 1947, Gaz. Pal., 1947.2.128 ; R.T.D.C. 1948, p. 94, obs. Vizioz.

(178) *Paris*, 12 mai 1949, Gaz. Pal., 1949.2.48 ; *Paris*, 22 mai 1947, D. 1947.380.

(179) Béraud, *L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente*, J.C.P., 1951.I.1029, n° 18.

(180) Mazeaud, *La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé*, Chr. D. 1954, p. 39, spécial. p. 40.

Du point de vue de la technique procédurale, on peut se demander s'il s'agit là d'une question de recevabilité ou d'une question de fond.

1. — *Analyse de la jurisprudence.*

297. — Il faut distinguer entre la jurisprudence restrictive de la Chambre civile et la jurisprudence libérale de la Chambre Criminelle.

298. — 1° Un arrêt de principe de la Chambre civile a décidé que la concubine ne peut pas réclamer des dommages-intérêts à la suite de l'accident mortel survenu au concubin, faute d'un intérêt légitime juridiquement protégé (181). Plusieurs arrêts ont adopté cette solution.

*a*) Un arrêt de la Cour de Nîmes décide que « le demandeur en indemnité délictuelle ou quasi délictuelle doit justifier, non d'un dommage quelconque, mais de la lésion certaine d'un intérêt juridiquement protégé. Le concubinage, quelles qu'en soient les modalités et la durée, demeure un état de fait qui ne saurait être générateur des droits au profit des concubins ou vis-à-vis des tiers (182).

*b*) L'amant n'a pas le droit d'intenter une action en réparation de préjudice moral qu'il a subi du fait de la mort de sa concubine (183).

*c*) En cas d'accident mortel dont le concubin a été la victime, est irrecevable l'action de la concubine tendant à la réparation du préjudice matériel et du *pretium doloris* par elle subis. « Le concubinage — a dit la Cour — quelles qu'en soient les modalités et la durée, demeure une situation de fait qui ne peut représenter la valeur d'intérêts juridiquement protégés » (184).

299. — 2° Les juridictions répressives ont adopté une attitude libérale vis-à-vis de l'action de la concubine.

*a*) Certains arrêts accordent une action à la concubine, mais prennent en considération le fait que la concubine était la fiancée (185) ou l'associée de fait (186) ou régulière (187) de la victime.

*b*) Certains arrêts sont encore plus nets et accordent à la concubine le droit d'agir, abstraction faite de toute autre qualité. Ainsi, a-t-il été jugé qu'une communauté de vie stable, qui s'est poursuivie de longues années jusqu'à un âge avancé des concubins et qui a donné

(181) Civ., 27 juillet 1937, D. 1938.I.5, note R. Savatier ; S. 1938.1.321, note Marty ; Gaz. Pal., 1937.2.376. Voy. dans le même sens : C.E., 11 mai 1928, Dlle Rucheton, S. 1928.3.97, conclusions Andrieux, note Hauriou ; C.E., 21 octobre 1955, Dme Baraud, D. 1956.139, conclusions Guionin, note Morange.

(182) Nîmes, 6 avril 1959, D. 1959, Somm. 105.

(183) Paris, 22 mai 1963, Gaz. Pal., 1963.2.279, R.T.D.C. 1964, p. 106, obs. A. Tunc.

(184) Civ., 10 janvier 1963, D. 1963.D.1963.404.

(185) Crim., 16 décembre 1954, Bull. crim., n° 412.

(186) Crim., 22 novembre 1956, D. 1957, Somm. 75.

(187) Trib. Gr. Inst. Chambéry, 20 janvier 1961, D. 1961, Somm. 79.

les apparences d'une parfaite entente, révèle l'existence entre eux d'une profonde et durable affection et que, par conséquent, la disparition de l'un des concubins cause au survivant un préjudice certain et actuel (188). Dans le même sens, il a été jugé que c'est à bon droit qu'une indemnité est accordée à la concubine pour l'ensemble du préjudice subi du fait de la disparition accidentelle de son concubin, dès lors qu'ils vivaient ensemble depuis vingt ans, que la victime avait complètement pris à sa charge et élevé les enfants de la concubine, que cette communauté de vie avait créé entre eux un climat d'affection et d'intérêt qui donnait les apparences d'une parfaite entente et révélait l'existence entre eux d'une affection profonde et durable (189).

2° *Comment l'action de la concubine pose-t-elle une question de recevabilité et non une question de fond ?*

300. — Nous pensons que l'action de la concubine pose un problème de recevabilité (190). On peut avancer plusieurs arguments pour montrer le bien-fondé de cette conclusion.

301. — 1° Nous avions plusieurs fois évoqué le rôle créateur de la recevabilité et nous avons souligné qu'en maintes hypothèses le droit substantiel peut paraître comme le résultat de la recevabilité de l'action. L'action de la concubine en est un exemple type. Selon la tendance libérale, la concubine peut acquérir un droit défini à la réparation. Selon la tendance restrictive, la concubine n'a ni le droit d'agir, ni le droit à réparation. Elle n'est pas habilitée à mettre en œuvre les règles du fond concernant la responsabilité délictuelle. Le rejet de son action reste sur le plan de la recevabilité et n'est pas dérivée des considérations du fond proprement dit. Pour illustrer notre idée, on peut citer deux exemples :

*a*) Supposons qu'on adopte le point de vue libéral qui admet la recevabilité de l'action de la concubine. Supposons que les juges, après avoir reconnu la recevabilité de l'action, décident que l'une des conditions de la responsabilité fait défaut, par exemple que le défendeur n'est pas responsable de la mort de la victime, ou que le préjudice dont se plaint la concubine n'est ni réel ni certain. Dans une hypothèse pareille, on peut dire que malgré le fait qu'on reconnaisse à la concubine un droit substantiel à la réparation, sa demande n'est pas fondée. On peut ainsi mieux comprendre pourquoi les arrêts qui ont accordé des dommages-intérêts à la concubine soulignent dans des termes suffisamment clairs la réalité et la certitude du préjudice dont elle demande la réparation.

*b*) Une jurisprudence constante décide que la rupture du concubinage — qui est une liaison illégitime — « ne constitue pas en elle-

(188) Paris, 25 février 1960, D. 1960, Somm. 74.
(189) Crim., 20 novembre 1962, D. 1963, Somm. 49.
(190) *Contra :* Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T I, n° 228, pp. 203-204.

même une faute civile susceptible d'ouvrir droit à des dommages-intérêts » (191). Mais cela n'exclut pas que la concubine peut obtenir des dommages-intérêts toutes les fois que la rupture du concubinage s'accompagne de circonstances particulières constitutives d'une faute (192). Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'existence ou l'inexistence du droit de la concubine à la réparation qui est principalement en cause, mais c'est plutôt l'existence ou l'inexistence d'une faute imputable au défendeur qui est le véritable fondement de la décision (193).

302. — 2° La conclusion à laquelle nous sommes arrivés à propos de l'action de la concubine est également valable pour l'action de la fiancée et l'action des parents de la victime. La jurisprudence n'accorde pas le droit d'agir à toutes les personnes qui ont subi un préjudice moral ou matériel. Elle a élaboré plusieurs critères pour limiter le cercle des personnes autorisées à agir en indemnité (194). En d'autres termes, la jurisprudence se sert de la notion de recevabilité comme un moyen technique pour créer des nouvelles actions et, éventuellement, des nouvelles catégories de droits substantiels. Il convient de citer à cet égard les observations savantes de M. A. Tunc (195) :

« La forme selon laquelle le succès de l'action en justice est subordonné à l'existence d'un droit, ne révèle-t-elle pas une certaine ambiguïté ? Créancier, certes, j'ai le droit d'agir contre mon débiteur qui ne me rend pas l'argent prêté. Propriétaire, je puis faire valoir mon droit. Mais je puis également agir contre l'automobiliste qui me blesse. Je n'avais pas de droit contre lui. Le droit est né du seul fait qu'il m'a causé un dommage dans des conditions engageant sa responsabilité. De même, si une personne me blesse dans mon âme au lieu de me blesser dans mon corps, et si elle le fait dans des conditions engageant sa responsabilité, il paraît clair que mon droit naît du seul fait du dommage et me donne le droit d'agir. Il en est ainsi, du moins dans la mesure où les tribunaux, sur le fondement des articles 1382 et s. C. civ., m'accordent une action. *Mais alors, dans ces hypothèses, comme dans l'antique procédure prétorienne, le droit résulte de l'action plus que l'action du droit.* Les deux, en tout cas, sont indivisibles, de sorte que rechercher si le demandeur a un droit n'avance pas à grand chose. Qu'on n'objecte pas que j'ai un droit à

(191) Civ., 22 février 1960, D. 1960, Somm. 61. Dans le même sens : Dijon, 7 février 1928, D.P. 1928.2.169, note Nast ; Aix, 28 décembre 1933, D.P. 1935.2.41, note Nast ; Civ., 9 juillet 1935, D.H. 1935.44 ; Civ., 11 mars 1936, D.P. 1937.1.16 ; Civ., 17 juin 1953, D. 1953.596. Voy. MARTY et RAYNAUD, *Dr. civ.*, T. I, n° 680, p. 890.

(192) Voy. à titre d'exemple : Montpellier, 24 mars 1927, D.H. 1927.342 ; Paris, 4 janvier 1952, D. 1952.112, note G.H., J.C.P. 1952.II.6842, note Esmein.

(193) Voy. Civ., 27 octobre 1964, J.C.P. 1965.II.14149, note M.J. : Le concubinage notoire, même s'il est retenu pour déclarer le concubin père naturel de l'enfant issu de cette situation de fait, ne constitue pas en lui-même, à l'égard du concubin, une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Par conséquent, encourt la cassation l'arrêt qui l'a condamné à des dommages-intérêts au profit de la concubine sans relever de faute.

(194) Voy. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, n°s 604 et s.

(195) A. Tunc, obs. R.T.D.C. 1964, p. 107.

mon corps ou à mon honneur, alors que le concubin n'a pas de droit sur sa concubine » (196). Ces observations sont instructives. Si le droit et l'action sont deux choses différentes, il ne faut pas perdre de vue les liens historiques entre eux.

## Section III

## L'UTILITE QUE DOIT PRESENTER LA SOLUTION DE LA CONTESTATION

303. — Selon le langage classique, l'intérêt est une condition de recevabilité de l'action. « Pas d'intérêt, pas d'action ». « L'intérêt est la mesure de l'action ». La meilleure définition de l'intérêt est celle qui met l'accent sur l'idée d'un avantage (197). L'intérêt doit être regardé avant tout comme un avantage d'ordre pécuniaire ou moral que présente pour une personne l'exercice d'une action. L'action est irrecevable si elle est inutile ou si elle tend à obtenir un avantage insignifiant.

### Sous-Section I

### L'UTILITE DU REMEDE

304. — La jurisprudence exige que le remède demandé soit utile à celui qui le demande. Dans la plupart des cas, la nature du remède est telle que la question de son utilité ne se pose pas. Par exemple, le demandeur en une action pour obtenir des dommages-intérêts n'a pas à prouver spécialement l'utilité de son action, la réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi constitue pour lui un avantage réel. La question de l'existence ou de l'inexistence du préjudice est une question du fond. La solution de cette question dispense d'examiner la question de l'utilité de l'action. Mais dans d'autres cas, la question de l'utilité du remède se pose séparément. Il peut arriver que, même si le plaideur obtient le remède qu'il demande, il n'aura aucun avantage réel. Une jurisprudence constante s'est prononcée dans ce sens.

(196) Cf. Lipstein, *Protected interests in the Law of torts*, (1963), Cambridge L. J., 85.

(197) H. Capitant, *Vocab. juridique.*

(198) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 226, p. 200 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 290 ; J. Vincent, V° *Action, in* Encycl. D. proc. civ., n° 15 ; Fourneau, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire. Pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse, Aix, 1951, n° 175, p. 238 ; Costa, V° *Interesse e legittimazione ad agire*, N.D. It., n° 1 ; Liebman, *Lez. dir. proc. civ.*, T. I, n° 12, p. 40.

— Un créancier hypothécaire n'est pas recevable à agir par voie d'expropriation si, en raison de son inscription tardive et du prix atteint par l'immeuble, les fonds seront absorbés par la créance d'un tiers dont l'hypothèse prime la sienne (199).

— L'acquéreur d'un immeuble est irrecevable, faute d'intérêt, à agir en nullité de la vente et en payement des dommages-intérêts si le vendeur avait déjà fait procéder à l'adjudication de l'immeuble qui avait été vendu et dont le prix n'avait pas été payé intégralement, en vertu d'une clause du contrat stipulant que l' « immeuble demeurait affecté et hypothéqué par privilège, spécialement réservé au vendeur indépendamment de l'action résolutoire » (200).

— L'action d'un héritier naturel tendant à l'annulation d'une donation faite en violation des règles régissant la capacité des associations culturelles est irrecevable, bien que fondée sur des dispositions ayant un caractère d'ordre public, dès lors qu'en cas d'annulation de la cession contestée, les biens litigieux devraient faire retour à un légataire universel et que cet héritier naturel ne justifie donc pas d'un intérêt direct et certain (201).

— Un héritier est sans intérêt à agir en nullité d'un testament l'ayant exhérédé et comportant l'institution d'un légataire universel, dès lors que les moyens contenus dans le dispositif de ses conclusions ne pourraient entraîner éventuellement que la nullité du legs et non celle de l'exhérédation (202).

— La clause d'un bail laissant au locataire principal la charge d'avoir à faire son affaire personnelle de la récupération des locaux sous-loués par le précédent locataire rend irrecevable, faute d'intérêt, l'action du propriétaire en expulsion des occupants (203).

— Une application intéressante et originale du principe selon lequel il faut justifier d'un intérêt a été faite par un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 11 juin 1951 (204). Une cuve à essence aurait été installée chez un particulier en vertu d'un contrat de prêt à usage; à l'expiration du contrat, ce dernier objectait les gros travaux à effectuer pour rendre en nature la cuve, et il offrit d'en fournir une neuve et toute semblable. Le tribunal a estimé que l'action du propriétaire de la cuve devait être déclarée irrecevable faute d'intérêt. On a vivement critiqué cette solution comme étant dangereuse et discutable. On a fait valoir que la tendance générale de la jurisprudence est « de ne pas tenir compte, pour la recevabilité, de l'importance de l'enjeu du débat, pourvu qu'il y ait intérêt effectif, et sous réserve d'un abus dans le recours au juge » (205). Dans deux

(199) Rouen, 14 décembre 1816, Jur. gén. V° Action, n° 179.
(200) Civ., 23 avril 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 159.
(201) Civ., 15 mai 1956, Bull. civ., 1956.I, p. 154.
(202) Civ., 22 juin 1960, Bull. civ., 1960.I, p. 282.
(203) Soc., 17 mai 1962, Bull. civ., 1962.IV, p. 361.
(204) Gaz. Pal., 1951.2.220.
(205) J. VINCENT, V° *Action*, Encycl. D. proc. civ., n° 15.

espèces pareilles (206) la même juridiction a accueilli la demande en restitution en nature des cuves parce que la société demanderesse y a incontestablement intérêt, intérêt juridique d'abord qui tient à l'exercice normal d'un droit de propriété indiscutable et intérêt commercial ensuite qui s'apprécie en fonction de la position et de l'activité commerciale et industrielle de la demanderesse : il serait sans grand intérêt pour elle que les réservoirs récupérés soient vétustes ou neufs, tandis que le fait important pour elle est que ces réservoirs ne doivent servir qu'à distribuer ses propres produits et non à faciliter l'écoulement de carburant de marque concurrente. L'annotateur anonyme s'est félicité que les deux décisions des 14 et 19 mai 1952 se sont prononcées conformément aux principes établis après l'errement de la décision du 11 juin 1951. En va-t-il vraiment ainsi ? Nous ne le croyons pas. En effet, l'irrecevabilité de l'action dans la première espèce et la recevabilité de l'action dans les deux autres espèces ont été déterminées par application du même principe : est-ce que le demandeur a un intérêt à demander la restitution en nature de la chose prêtée ? La première décision a répondu dans le négatif au motif que dans les circonstances de fait la restitution en nature ne procurera aucun avantage au demandeur et, bien au contraire, il serait dans son intérêt d'avoir des cuves nouvelles. Les deux autres décisions ont répondu dans l'affirmatif au motif que le demandeur avait un intérêt commercial à exiger la restitution en nature de la chose prêtée. On peut donc dire que la différence entre les décisions rapportées n'est pas une différence de principe, mais une différence dans l'appréciation de l'existence ou de l'inexistence d'un intérêt que procurera la restitution en nature.

## Sous-Section II

## L'INTERET INSIGNIFIANT

305. — L'action est irrecevable non seulement en l'absence d'un intérêt, mais aussi au cas où l'intérêt est notoirement insignifiant : *De minimis non curat judex.* Ainsi, il a été décidé que l'action en dommages-intérêts dirigée contre un éditeur par un traducteur qui se plaint que l'indication de l'auteur original ne soit pas complétée par celle d'un titre de noblesse, ou que dans sa lettre reproduite à la préface, la voyelle O, usitée dans le vieux style, ait été remplacée par la voyelle A, ne peut, à défaut d'intérêt sérieux, être accueillie par le juge (207) ; que le mécontentement ou l'irritation provoquée par une émission de télévision qui ridiculisait l'Histoire de France ne saurait suffire à justifier une action en justice (208).

(206) Trib. com. Seine des 14 et 19 mai 1952, Gaz. Pal., 1952.2.219.
(207) Paris, 18 juin 1883, D. 1885.2.192.
(208) Trib. Gr. Inst. Toulouse, 21 décembre 1964, Gaz. Pal., 1965.20-23 mars.

306. — Il est à noter que le fait que l'intérêt poursuivi est notoirement insignifiant peut constituer un abus d'exercice de l'action (209). Ainsi, il a été jugé que lorsqu'un plaideur met en cause un tiers dans une procédure sans formuler aucune prétention dans ses conclusions contre la personne mise en cause, il commet une faute lourde de nature à engager sa responsabilité civile, dès lors que la personne mise en cause est tenue de se défendre sans que rien lui soit réclamé et qu'elle engage, de ce fait, des frais inutiles (210) ; que si une partie avait demandé une troisième expertise sans faire valoir de motifs sérieux, il convenait de la condamner au payement de dommages-intérêts en raison de sa « résistance dilatoire et injustifiée » (211).

(209) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T, I, n° 225, p. 199 ; Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947, n° 41, p. 41

(210) Amiens, 1er juin 1959, J.C.P. 1959.IV, éd. G. 135.

(211) Soc., 11 juin 1953, Bull. civ., 1953.IV, p. 317.

## Conclusion du chapitre premier.

307. — La contestation est une condition de recevabilité de l'action. Il n'est pas nécessaire que la violation de la règle objective ou du droit individuel soit consommée. La menace sérieuse d'une violation au futur suffit : d'où la recevabilité des actions préventives. Il faut, en outre, que la contestation ait un caractère juridique : une contestation qui n'est pas juridiquement relevant n'intéresse pas l'ordre juridique et ne peut faire l'objet d'un examen au fond par le juge.

308. — L'actualité et la juridicité de la contestation sont deux caractères qui limitent la sphère d'action de la machinerie de la justice. Les répercussions de ces deux caractères sur les règles de fond ne sont pas les mêmes. L'actualité de la contestation concerne le temps d'agir : est-ce qu'on peut agir avant la violation effective de la règle objective ou du droit substantiel individuel ? L'intérêt en cause ici, c'est surtout l'intérêt à la sécurité juridique. La juridicité de la contestation pose un problème d'un ordre différent : la reconnaissance du caractère juridique de la prétention permet au juge d'examiner le bien-fondé de la demande. Dans cette hypothèse, les liens entre le fond de la recevabilité sont très étroits. La recevabilité apparaît comme le moyen technique pour créer des nouvelles catégories de droits substantiels.

308 *bis*. — Quels que soient les caractères de la contestation, l'intervention du juge doit présenter un certain intérêt. Il convient de donner à l'intérêt un sens précis : c'est l'avantage qu'on tirera de la demande à la supposer fondée. L'exigence de l'intérêt correspond à un principe élémentaire qui commande toute activité humaine : le principe de l'utilité. Entendue dans ce sens étroit, la notion d'intérêt risque d'être vouée à jouer un rôle modeste à côté des autres conditions de recevabilité de l'action. Dans la majorité des cas, les juges ne se demandent pas sur l'utilité du remède demandé par le plaideur, cette utilité étant sous-entendue, mais ils se demandent si la contestation soulevée devant eux rentre ou non dans les limites de leur juridiction. On peut donc conclure que la question de l'utilité pratique du remède demandé ne se pose qu'après avoir résolu la question de la possibilité d'octroyer le remède approprié au plaideur qui le demande.

## CHAPITRE II

# *LE TITULAIRE DE L'ACTION*
## *(la qualité et la capacité)*

309. — La détermination des personnes qui peuvent agir en justice soulève des problèmes divers qui pourront être amenés à une seule question : l'appartenance du pouvoir d'agir à certaines personnes. Une fois admis que le pouvoir d'agir est autre chose que le droit substantiel, il faut admettre la possibilité d'une non-coïncidence entre les titulaires de l'un et de l'autre. Il est vrai qu'en principe le titulaire du droit substantiel est en même temps le titulaire du droit d'action, mais il peut arriver que le titulaire du droit substantiel se voit priver du droit d'action, et qu'une personne qui n'est pas le titulaire du droit substantiel se voit attribuer le droit d'action. Ce phénomène est le résultat de l'entrée en jeu de plusieurs considérations concernant l'existence même de la personnalité juridique du plaideur, la capacité d'ester en justice, la représentation des parties dans le procès. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas d'accord sur une formule précise pour définir la qualité. La raison en est que le terme de qualité est employé pour désigner des idées hétérogènes. Il importe donc d'analyser la notion de qualité pour déterminer ses éléments et la distinguer des autres notions voisines. Nous proposons d'aborder le problème sous l'angle de la partie dans le procès. Cette méthode nous permettra d'envisager l'ensemble des conditions concernant les plaideurs sans prendre parti *a priori* pour l'emploi d'un terme ou d'un autre. Nous constaterons que ces conditions peuvent être réparties en trois catégories selon qu'elles concernent le fond du droit, la recevabilité de l'action ou la régularisation de l'instance.

*Section I* : La qualité est un pouvoir.

*Section II* : La qualité et le fond.

*Section III* : La capacité d'ester en justice.

## Section I

## LA QUALITE EST UN POUVOIR

310. — La qualité est définie par certains auteurs comme « le titre qui permet au plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige... elle réalise la jonction entre l'action d'une part, et le fond du litige d'autre part » (1). Selon M. Gassin (2), le titre qui ouvre l'action a un double aspect. Il s'agit tout d'abord de savoir « si le titre invoqué par les sujets de l'action est de nature à ouvrir l'action, sans que l'appartenance subjective de ce titre soit contestée. C'est en ce sens que l'on dit par exemple que les parents ont qualité pour former une demande en interdiction judiciaire ». Ensuite, il s'agit de savoir « si le titre invoqué par les sujets de l'action leur appartient en propre, alors qu'il est, d'autre part, certain qu'il suffit, par sa nature à ouvrir l'action. On dit ainsi que tel demandeur qui exerce l'action en interdiction a la qualité de parent du défendeur » (3). Mais, comme l'a fait remarquer M. Vizioz, « on comprend malaisément comment le titre auquel on figure dans un procès peut devenir une condition de l'action » (4). M. Gassin lui-même est revenu sur sa définition. Dans la conclusion de sa thèse, il a préféré définir la qualité comme « la situation juridique requise des plaideurs par le droit positif pour obtenir une décision de justice efficace » (5). Mais la notion de situation juridique est tellement vague qu'elle nous avance vraiment très peu dans la recherche d'une définition de la qualité. Force est donc de s'orienter dans d'autres directions. Il semble que M. Japiot était parmi les premiers auteurs à envisager le problème sous son véritable jour, en considérant la qualité comme la faculté ou l'aptitude à obtenir une décision sur le fond (6). « Etant supposé, écrit-il, qu'on a la certitude, dans les circonstances de fait où l'on se trouve, qu'un droit muni d'action est né et qu'un intérêt suffisant est en jeu, mais étant donné qu'on ne sait pas *a priori* quelles sont exactement les personnes au profit desquelles ces circonstances ont fait naître la faculté de former une demande, il y a lieu de déterminer individuellement ces personnes. C'est cette question de détermi-

(1) Vincent, V° *Action*, Encycl. Dalloz Proc. civ., n° 61 ; Lyon, 4 décembre 1951, D. 1952.202.

(2) Gassin, *La qualité*, Thèse, Aix, 1955, n° 12, p. 21.

(3) Gassin, *op. cit.*, n° 13, p. 22.

(4) Vizioz, *Etudes*, p. 34.

(5) Gassin, *op. cit.*, p. 299 ; dans le même sens : Attardi, Nssmo. D. It., V° *Legittimazione ad agire*, T. IX, p. 721 : « La Legittimazione ad agire può essere definita come la posizione in cui taluno può chiedere in nome proprio al giudice (legittimazione attiva) o nei confronti di taluno può essere chiesto (legittimazione passiva) di pronunciare in merito su una certa controversia. »

(6) Hellwig, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, p. 68, cité par Costa, NDI, V° interesse e legittimazione ad agire, n° 3.

nation individuelle qui constituerait la qualité. La qualité serait le fait, pour une personne, d'être comprise dans le cercle des individus sur la tête desquels se fixe un droit d'action, à raison de circonstances déterminées qui ont certainement donné naissance à une action. Ce serait la question de la délimitation subjective, ou l'existence subjective d'une action dont l'existence objective est certaine » (7). Au lieu de parler d'une faculté ou d'une aptitude, certains auteurs ont suggéré d'employer le terme de *compétence*, surtout à propos des actions des groupements. « L'expression compétence des groupements, écrit M. Fourneau, met l'accent juste sur la prise de conscience à laquelle nous assistons du caractère social des voies de droit, ou d'au moins certaines voies de droit » (8). Mais il faut remarquer que le mot compétence est ambigu dans ce contexte parce qu'il risque d'être confondu avec la compétence du juge. Le mot compétence a déjà un sens technique très précis et il ne semble pas opportun de s'en servir pour remplacer le mot qualité.

311. — MM. Solus et Perrot ont mis en évidence le caractère essentiel de la qualité comme « un pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice » (9). C'est la notion de pouvoir qui explique pourquoi, en cas de représentation, l'action peut être exercée par une personne (le représentant) autre que le titulaire du droit substantiel; en effet, le représentant a le pouvoir d'intenter l'action au nom et pour le compte du représenté (10). Comme le dit M. Motulsky, « se demander qui a qualité pour intenter une action revient simplement à vouloir déterminer la personne habilitée par l'ordre juridique à déclencher l'effet de la règle de droit imposant l'intervention de la contrainte sociale » (11).

(7) Japiot, *Les conditions de l'action en justice*, R.T.D.C. 1915, pp. 438-439. Influencé par cette tendance, M. Vizioz (Études, p. 233) a écrit que « la qualité résume en réalité les conditions subjectives qui doivent être remplies pour que le juge soit tenu de se prononcer sur le mérite d'une demande ».

(8) Fourneau, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire. Pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse, Aix, 1951, p. 59 ; dans le même sens : Giverdon, Chr. D. 1952, p. 88.

(9) Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n° 262, p. 243. Comp. Giverdon, Chr. D. 1952, p. 85 : « La qualité apparaît comme une condition relative à la personne qui saisit le juge. Elle détermine l'aptitude de cette personne à agir. »

(10) Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n° 262, p. 243.

(11) H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947, n° 39, p. 40 ; Rapproch. la définition de Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Naples, 1923 (3e éd.), p. 152, cité par S. Costa, NDI, V° interesse e legittimazione ad agire, n° 3 : « la legittimazione ad agire consiste nell'identità della persona dell'attore con la persona alla quale la legge concede l'azione » ; dans le même sens : Liebman, *Lezioni di diritto processuale civile*, T. I, n° 12, p. 40.

## Section II

## LA QUALITE ET LE FOND

312. — On ne peut pas manquer d'observer que la définition de la qualité, comme le pouvoir de soumettre au juge une prétention pour obtenir un jugement (favorable ou non) sur le mérite, conduit à considérer la qualité comme l'ensemble des conditions concernant l'existence même de l'action. Distinguer entre le fond et la qualité, c'est en même temps distinguer entre le fond et l'action. Même les conditions dites objectives de l'action, comme par exemple l'absence de la chose jugée et l'absence de la prescription, doivent être appréciées par rapport à un certain sujet (12). C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont nié l'autonomie et même l'utilité de la notion de qualité. Ainsi, M. Motulsky (13) est d'avis qu'« en présence des glissements, complications et confusions qu'elle entraîne », il serait opportun de renoncer « purement et simplement » à cette notion décevante de « qualité ». La notion de qualité pourrait être utilement remplacée par une « conception structurale du droit subjectif, qui conduit à l'exégèse de la règle de droit » afin de découvrir, dans chaque cas d'espèce, « la personne habilitée, par l'ordre juridique, à déclencher l'effet juridique de la règle mise en jeu ». Mais la notion de qualité a derrière elle une longue et importante histoire, elle a été utilisée par la jurisprudence pour déterminer les limites de l'intervention juridictionnelle. La qualité apparaît de cette manière comme étroitement liée au fond, et parfois elle se confond avec le fond. En fin de compte, la notion de qualité ne peut être précisée et éclairée qu'au prix de déterminer l'étendue et la nature de ses rapports avec le fond. L'analyse des données du droit positif montre que les rapports entre la qualité et le fond peuvent revêtir deux aspects :

1° dans une première hypothèse, c'est le droit substantiel qui donne qualité;

2° dans une deuxième hypothèse, c'est la reconnaissance systématique d'une qualité qui finit par créer un droit substantiel.

Ces deux aspects dans les rapports entre le fond et la qualité paraissent à première vue contradictoires. Mais toute contradiction disparaît si l'on songe qu'il s'agit là du même phénomène, à savoir l'élaboration des droits substantiels. Dans le droit mûr et cristallisé, il est naturel que la qualité dérive du droit substantiel. Dans le droit en voie de formation, il est normal que la qualité pour agir soit

(12) Comp. Gassin, *op. cit.*, n° 16, pp. 23-24 : « On a souvent noté que la condition de qualité regarde les sujets de l'action. Par là, cette condition doit être distinguée des conditions objectives de l'action en justice. »

(13) Motulsky, *op. cit.*, p. 41.

le moyen technique pour élaborer et cristalliser les droits substantiels.

## Sous-Section I

## LA QUALITE DERIVE DU DROIT SUBSTANTIEL

### § 1. — Le principe et ses conséquences.

313. — Il n'y a pas de doute sur le principe que celui qui se prétend être le titulaire du droit litigieux a qualité pour agir (14). Le sujet du droit substantiel est du même coup le titulaire du droit d'action. Ainsi, le propriétaire est le titulaire de l'action en revendication; le créancier dispose de plusieurs voies de droit (action directe, action indirecte, action révocatoire, action en déclaration de simulation astreintes, saisies, etc.) pour contraindre son débiteur à exécuter l'obligation. Cette relation particulière entre le fond et la qualité a abouti à deux conséquences :

1° Dans la majorité des cas, étant donné la primauté du droit substantiel, la question de qualité est résolue implicitement (15). Ainsi, le jugement dans une action en revendication statue sur la question de propriété, et la question de l'appartenance de l'action en revendication au prétendu propriétaire est résolue implicitement.

2° Il devient très facile de confondre entre le droit substantiel et la qualité. « Ainsi, quand on dit d'un plaideur qu'il a la qualité d'époux (16), de propriétaire, d'héritier ou de créancier, sous le terme de qualité, on désigne la situation juridique génératrice du droit allégué (la situation juridique d'époux, de propriétaire, d'héritier ou de créancier), ce que l'on analyse en un *défaut de qualité* n'est autre chose qu'un *défaut de droit*; la demande n'est pas seulement irrecevable, elle est mal-fondée en droit » (17).

### § 2. — Y a-t-il des exceptions au principe ?

314. — On peut se demander si la qualité pour agir peut appartenir à une personne qui n'est pas le titulaire du droit substantiel contesté. Pour répondre à cette question, il convient d'étudier l'action

(14) Vizioz, *Etudes*, p. 34 ; Gassin, *op. cit.*, n° 32, p. 35 ; Vincent, V° *Action*, Encycl. D. proc. civ., n° 67 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. priv.*, T. I, n° 265, p. 247.

(15) Gassin, *op. cit.*, n° 36, p. 39.

(16) V. pour un exemple intéressant : *Trib. Gr. Inst. de la Seine*, 4 janvier 1960, D. 1961.636, note Cornu. Est irrecevable l'action en divorce du mari, qui dissimule, sous les apparences d'une procédure régulière, l'action de la concubine visant à détruire le ménage légitime.

(17) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 265, p. 247 ; Giverdon, Chr. D. 1952, p. 86.

du représentant; l'action du subrogé; l'action des groupements (18) et l'action du ministère public.

### A. — La représentation.

315. — Au cas de représentation (conventionnelle, légale ou judiciaire), il n'y a pas de difficulté : la représentation pose une question d'organisation des pouvoirs; l'existence ou l'inexistence de l'action s'apprécie seulement par rapport au représenté. Si le représenté a le pouvoir d'agir, la deuxième question qui se pose est celle de savoir si la représentation est valable et si elle est de nature à donner au représentant le pouvoir d'exercer l'action (19). On sait, par exemple, que le tuteur est le représentant de l'interdit et, de ce chef, il peut exercer les actions de ce dernier. Mais le tuteur n'a pas le pouvoir d'exercer ces actions de l'interdit qui ont un caractère personnel accusé, comme par exemple, l'action en désaveu ou l'action en divorce. Dans la représentation conventionnelle, c'est le contrat qui détermine l'étendue des pouvoirs du mandataire (20). Le mandataire qui exerce une action au nom et pour le compte du mandant, mais en excès de ses pouvoirs, n'affecte pas le mandant si ce n'est dans les cas où les conditions pour appliquer la théorie du mandat apparent se trouvent réunies (21). De même, le véritable titulaire de l'action peut tirer parti de l'action exercée par un prête-nom, car il s'agit là d'une simulation qui est permissible tant qu'elle n'est pas entachée d'illicéité (22).

316. — De l'analyse précédente, il résulte que la *qualité de représentant,* n'a pas un caractère autonome; elle est basée et dérive de la qualité du représenté. N'est-il pas le propre de la représentation qu'elle permet à une personne d'accomplir un acte ou d'exercer un pouvoir au nom et pour le compte d'une autre ? Il est important de souligner que si ce trait fait défaut, il est inexact de parler de représentation. Ainsi, pour les actions des groupements et des collectivités publiques, le problème qui se pose n'est pas un problème de représentation au

(18) *Supra,* n$^{os}$ 260 et s.

(19) Giverdon, Chr. D., 1952, p. 88 ; la validité de la représentation s'apprécie au moment d'intenter l'action : C.E., 26 janvier 1962, Rec. p. 73.

(20) Gassin, *op. cit.,* n$^{os}$ 63 et s., p. 59 et s.

(21) Sur le mandat apparent, voy. Giraut, *L'apparence, source de responsabilité,* Thèse, Paris, 1939 ; Léauté, *Le mandat apparent dans ses relations avec la théorie générale de l'apparence,* R.T.D.C. 1947, p. 288 ; Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,* Thèse, Montpellier, 1959 ; Gassin, *op. cit.,* n° 90, p. 79 ; Douai, 7 juin 1908, D.P. 1912.2.139 ; Civ., 31 janvier 1957, Bull. civ., 1957.II, p. 61. Il a été jugé que la défense à une demande d'expulsion de logement familial par le bailleur rentre dans le cadre du mandat domestique de la femme mariée qui, au moins en cas d'absence du mari, peut être autorisée à représenter ce dernier pour solliciter un délai de grâce sur la demande d'expulsion du propriétaire : Trib. civ., Valence, 27 mai 1958 (inédit), T.Q. Gaz. Pal., V° Action en justice, n° 100.

(22) Gassin, *op. cit.,* n° 97, p. 81 ; Rapproch. Satta, *Diritto processuale civile,* n$^{os}$ 53-54, pp. 74-76.

sens technique du mot. Il s'agit tout simplement dans de pareilles hypothèses de déterminer les organes compétents pour intenter l'action. Dans la détermination des organes qualifiés pour agir, le législateur et la jurisprudence sont inspirés par la nature des choses; le problème est d'organiser et de coordonner les pouvoirs des organes et des agents du groupement ou de la collectivité (23). Dans la même ligne de pensée, il est nécessaire de noter que les groupements et les collectivités ne représentent pas techniquement les intérêts de ces membres. Elles font valoir des droits et des intérêts qui leur sont propres (24).

### B. — La subrogation.

317. — La subrogation diffère de la représentation. Dans la représentation, le représentant agit au nom et pour le compte du représenté. Dans la subrogation, le subrogé fait valoir le droit d'autrui pour son propre compte (25). « Chaque fois qu'une personne a un intérêt propre, la poussant à provoquer la protection du droit d'un tiers, il y a subrogation. En revanche, lorsqu'une personne agit dans l'intérêt exclusif d'autrui, il y a représentation » (26). Le terrain d'élection de la subrogation est l'exercice des actions du débiteur par son créancier (27) et l'exercice de l'action sociale *ut singuli* (28)

(23) Cf. Gassin, *op. cit.*, n°s 73 et s., p. 67 et s. ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1947, p. 79 ; par exemple : Civ., 9 janvier 1958, Bull. civ., 1958.II, p. 20 : le demandeur qui agit en qualité du liquidateur du syndicat doit apporter la preuve de la réunion valable de l'assemblée générale qui l'a nommé liquidateur ; Crim., 19 mars 1958, J.C.P. 1958.IV, édit. G. 65, Bull. crim., n° 265, p. 453 : il n'est interdit par aucune disposition de loi à un syndicat réuni en assemblée générale de désigner un de ses membres pour le représenter en justice ; Civ., 6 novembre 1958, Gaz. Pal., 1959.I.57 : La société à responsabilité limitée ne peut agir que par le gérant. L'action intentée par le directeur est irrecevable ; Paris, 3 novembre 1959, Gaz. Pal., 1959.2.307 : Les syndicats professionnels qui poursuivent l'exécution d'une convention collective du travail, ne sont tenus ni d'avoir un mandat des membres pour lesquels ils agissent, ni de préciser dans l'assignation les noms de ceux-ci, ce texte écartant en termes très nets la règle « nul ne plaide par procureur », C.E., 7 novembre 1962, Rec. p. 598 : Dès lors qu'une Caisse d'assurance vieillesse a intérêt à critiquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir l'acte qui lui a retiré l'agrément, elle peut être régulièrement représentée devant le Conseil d'Etat pour l'exercice de ce recours par celui de ses membres qui en assure en fait la direction tant que le ministre n'a pas approuvé la désignation des membres de son conseil d'administration.

(24) L'intérêt collectif est un intérêt particulier et le groupement a le pouvoir d'agir en vue de le protéger. Par conséquent, si l'intérêt en cause est un intérêt individuel qui appartient aux membres du groupement, le groupement n'est pas qualifié pour agir. Voy. par exemple : Trib. adm. Marseille, 3 janvier 1958, Rec. p. 667 ; Civ., 7 octobre 1964, J.C.P. 1965.II.14.006, note J.G.

(25) Liebman, *Lez. dir. proc. civ.*, T. I, n° 12, p. 41. La subrogation est appelée en droit italien « sostituzione processuale ».

(26) Gassin, *op. cit.*, n° 110, p. 90.

(27) Il s'agit de l'action indirecte (art. 1166 du Code civil) et des actions directes (art. 1753, 1798 et 1994 du Code civil).

(28) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 277, pp. 259-260 ; Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963, p. 259 ; Hébraud, obs. R.T.D.C. 1950, p. 218.

par un associé. L'idée que le subrogé fait valoir exclusivement un droit d'action d'autrui a été critiquée; en effet, une analyse attentive montre que le subrogé fait valoir un droit d'action qui lui appartient en propre. Seulement, le droit d'action du subrogé suppose l'existence du droit d'action du tiers. Cette situation par ailleurs n'a rien d'anormal; car il s'agit d'un aspect de ce phénomène commun qu'est l'interdépendance des relations juridiques (29).

### C. — L'action du ministère public.

318. — La recevabilité de l'action du ministère public dans les matières autres que celles concernant le droit pénal pose des difficultés qui paraissent insurmontables (30). Il est hors de doute que le ministère public dispose de différentes voies de droit pour faire valoir ses propres droits et intérêts (31). Des difficultés sérieuses se posent quand le ministère public agit pour la défense des intérêts de la société. Ici encore, il importe d'observer que le ministère public ne représente pas techniquement la société. Le ministère public est l'organe de la société, mais non son représentant (32). Or, quels sont les intérêts de la société qui justifient l'action du ministère public ? Le texte de base dans la matière est l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». On peut envisager deux solutions, l'une restrictive et l'autre extensive (33) :

(29) Motulsky, *op. cit.*, n° 39, p. 40 ; Satta, *Dir. proc. civ.*, n° 56, pp. 77-79 ; Besançon, 5 juillet 1962, Gaz. Pal., 1962.2.213, R.T.D.C. 1963, p. 137, obs. Hébraud : Il a été décidé que l'associé est un créancier qui peut intenter l'action oblique. Comme l'a fait remarquer M. Hébraud, le recours à la voie oblique en matière des sociétés et des groupements fait penser à l'exercice des actions sociales par les actionnaires.

(30) L. Ranger, *Des cas dans lesquels le ministère public peut agir d'office en matière civile*, Thèse, Paris, 1941 ; H. Solus, *La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public*, dans Etudes en l'honneur de H. Capitant, p. 769 ; Morel, *Tr. élém. dr. proc. civ.*, n° 161, p. 152 et s. ; Vizioz, *Etudes*, p. 293 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 329 ; Cuche et Vincent, *Précis proc. civ.*, n° 166, p. 170 ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 876, p. 737 ; *Adde* : Goyet, *Le ministère public*, 3e éd., Paris, 1953 ; Alglave, *Action du ministère public*, 2e éd., 1874 ; Dehacq, *De l'action du ministère public en matière civile*, 2e éd., 1882 ; Frèrejouan du Saint, *Le ministère public*, aperçu historique, son droit en matière civile, 1875 ; H. Bekaert, *La mission du ministère public en droit privé*, Mélanges Dabin, 1961, T. II, p. 419.

(31) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 876, p. 738.

(32) Satta, *Dir. proc. civ.*, n° 40, pp. 60-61. Mais en certains cas, le ministère public agit comme un représentant proprement dit, par exemple, quand il représente l'absent dans la procédure de déclaration d'absence (art. 116 C. civ.) ; Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 876, p. 738.

(33) Voy. l'exposé détaillé dans Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n°s 880 et s., p. 739 et s.

1° Le ministère public ne peut agir que dans les cas énumérés et spécifiés par la loi. Ce système a l'avantage de déterminer à l'avance les actions qui peuvent être exercées par le ministère public, et protège ainsi les particuliers contre l'ingérence excessive du ministère public dans leurs propres affaires. Mais la rigidité du système limitatif est telle qu'elle puisse priver le ministère public du pouvoir d'agir là où son action serait bénéfique.

2° Le ministère public peut agir dans tous les cas où les intérêts de la société paraissent être en jeu. Ce système présente la souplesse nécessaire qui permettrait le mieux de sauvegarder les intérêts de la société. Mais cette même souplesse n'est pas sans danger pour les particuliers qui risquent de voir le ministère public s'ingérer dans leurs affaires privées, d'autant plus que la notion d'ordre public qui sert comme critère pour déterminer les intérêts de la société, est une notion vague, fuyante et toujours changeante.

319. — Eu égard aux avantages et inconvénients respectifs de deux systèmes restrictif et extensif, il ne paraît pas impossible d'envisager un système éclectique plus adapté à la réconciliation entre les intérêts de la société et les intérêts des particuliers. Mais comment cette réconciliation peut-elle être mise en œuvre ?

Il n'est pas facile de trouver une formule qui aplanira toutes les difficultés. On ne peut qu'énoncer le principe que le ministère public n'aura le pouvoir d'agir que dans les cas prévus par la loi (ainsi protègera-t-on les individus contre les actions intempestives du Ministère public) ou dans les cas où l'ordre public est directement en cause (34). Certes, un tel compromis ne manque pas d'un certain degré d'imprécision. Mais en tout cas il paraît nécessaire d'accorder aux juges un certain pouvoir d'appréciation afin d'éviter de tomber dans une rigidité excessive. Il semble que la jurisprudence française, après tant de tâtonnements (35), est arrivée à achever un tel compromis (36).

(34) Voy. par exemple : Req., 7 mars 1944 : « Aux termes de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dans les cas qui intéressent *directement* l'ordre public » ; Req., 4 décembre 1946, S. 1947.I.53 : Le ministère public a « le droit d'agir en matière civile par voie directe et principale dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte sans léser aucun intérêt rival ».

(35) Voy. les arrêts cités par Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 883, p. 743.

(36) Voy. par exemple : Cass. civ., 17 décembre 1913, S. 1914.I.153, note Ruben de Couder, D. 1914.I.26, note Binet ; Cass. civ., 15 décembre 1924, D. 1926.I.159 ; Req., 7 mars 1944, D.A. 1944.74 ; Req., 4 décembre 1946, S. 1947.I.53 ; Cass. civ., 10 juin 1953, D. 1953.612 ; Cass. civ., 29 mars 1955, D. 1955.429.

## Sous-Section II

## LA QUALITE, MOYEN TECHNIQUE POUR ELABORER DE NOUVEAUX DROITS SUBSTANTIELS

320. — Nous avons vu que la qualité est l'appartenance du pouvoir d'agir à une certaine personne par rapport à une certaine contestation. Dans cette perspective, la qualité joue un rôle important dans l'élaboration des droits substantiels. Pour apprécier ce rôle, il est indispensable de faire appel à l'histoire. De plus, la jurisprudence civile a subi dans ce domaine l'influence de la jurisprudence administrative. Enfin, c'était à travers la notion d'intérêt que la qualité assume un rôle créateur.

### § 1. — Le point de départ : la confusion entre la qualité, l'intérêt et le droit substantiel.

321. — Les écrivains de la première moitié du XIX^e^ siècle ont rangé la qualité et l'intérêt parmi les conditions de recevabilité de l'action (37) mais on trouve chez eux une confusion entre la qualité, l'intérêt et le droit substantiel. Les développements qu'on relève chez Pigeau sont fort significatifs. Sous la rubrique : « Deuxième fin de non-recevoir — Si l'action n'appartient pas à celui qui veut l'intenter », il a écrit : « règle générale : on ne peut, en son propre nom, stipuler ni s'engager pour autrui, parce qu'on est sans intérêt » (38). C'est là confondre entre la qualité et l'intérêt. Sous la rubrique : « Troisième fin de non-recevoir. Si celui qui prétend avoir l'action du chef d'un autre qui l'avait auparavant ne prouve pas lui avoir succédé », Pigeau écrit : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit le prouver, s'il ne le fait, il doit être déclaré non recevable dans sa demande... Si l'intérêt est né dans un autre, comme si je réclame le paiement d'une somme que vous a prêtée Charles, à qui j'ai succédé, il faut non seulement que j'établisse la preuve du prêt, mais encore que je prouve comment j'ai succédé au droit de Charles en la personne de qui est né l'intérêt » (39). C'est là confondre entre la qualité, l'intérêt et le droit substantiel.

(37) PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France*, T. I, Paris, 1807, p. 147 : « L'exception qu'on tire du défaut d'intérêt et de qualité s'appelle fin de non-recevoir, parce qu'elle a pour fin d'empêcher qu'on ne reçoive celui qui a formé la demande à discuter si elle est bien fondée. »

(38) PIGEAU, *op. cit.*, p. 51.

(39) PIGEAU, *op. cit.*, p. 52 ; RAUTER, *Cours de procédure civile française*, Strasbourg, 1834, n° 86, p. 90 ; « Tout demandeur doit justifier de sa qualité, s'il en est requis, ou se légitimer pour la cause (*legitimatio ad causam*) ».

## § 2. — L'apparition de la notion d'intérêt direct et personnel.

322. — L'imprécision terminologique des auteurs de la première moitié du XIX[e] siècle s'explique aisément si on se place dans le cadre du droit français à cette époque; le Code Napoléon vient d'être promulgué et le principe de légalisme paraissait être le maître incontesté du terrain. Les esprits étaient préparés pour voir dans le texte de la loi la seule source des droits et des actions. Il n'était pas encore temps d'introduire des précisions et des nuances savantes. Tout cela a changé avec l'expansion de l'industrie et du commerce et la complication croissante des relations juridiques. La jurisprudence a adapté les dispositions du code aux circonstances nouvelles et, sous le masque d'interprétation, elle a fini quelquefois par créer des règles nouvelles. Le législateur, bien entendu, n'est pas toujours resté les mains croisées, mais la jurisprudence, profitant sans doute de sa situation privilégiée en contact direct avec les besoins de la pratique, a déjà pris conscience de son rôle déterminant dans l'élaboration des règles de droit. La naissance, et puis l'expansion d'une juridiction administrative, a permis de donner un plein essor à ce qui était un germe dans la jurisprudence judiciaire. Il n'est pas étonnant de trouver que la jurisprudence administrative s'est inspirée des techniques de la jurisprudence judiciaire. Pour limiter l'accès au prétoire du Conseil d'Etat, la jurisprudence administrative s'est servie des notions d'*intérêt* et de *qualité*, tout en leur donnant un sens nouveau plus en harmonie avec la nature particulière du recours pour excès de pouvoir. Partant de l'idée qu'on ne peut pas admettre le recours de n'importe qui contre n'importe quoi, le Conseil d'Etat a été amené à introduire des restrictions en deux directions. D'une part, il a décidé que l'acte susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir doit être un acte administratif (40) *faisant grief* (41). D'autre part, il a décidé qu'un certain lien doit exister entre la situation juridique du requérant et l'acte attaqué. L'acte administratif faisant grief constitue l'élément de contestation; l'intérêt direct et personnel donne *qualité* (42). Ainsi, a-t-on pu affirmer en procédure administrative contentieuse que la qualité est l'expression de la relation particulière entre la contestation, d'une part, et la situation juridique du requérant, d'autre part (43).

323. — La jurisprudence judiciaire a repris le terme d'intérêt direct et personnel et l'a employé surtout à propos des actions des groupements. Certains auteurs ont pensé qu'« intérêt direct et personnel » doit être considéré comme synonyme de « qualité » (44). D'au-

(40) de LAUBADÈRE, *Tr. élém. de dr. administratif*, 3[e] éd., Paris, 1963, T. I, n° 846, p. 457.
(41) de LAUBADÈRE, *op. cit.*, n° 852, p. 460.
(42) de LAUBADÈRE, *op. cit.*, n[os] 857 et s., p. 461 et s.
(43) DEBBASCH, *Proc. adm. content. et proc. civ.*, Paris, 1962, p. 251 et s.
(44) MOREL, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 27, pp. 30-31.

tres auteurs ont préféré considérer « l'intérêt direct et personnel » comme une notion différente de celle de qualité (45). La controverse est terminologique; elle est le résultat d'un malentendu autour du sens du mot « intérêt ». L'intérêt, nous l'avons vu (46), s'apprécie en fonction du but poursuivi par l'action; la qualité, elle, se traduit en termes du pouvoir d'intenter l'action. Dire qu'un demandeur doit justifier d'un intérêt direct et personnel, c'est dire qu'il doit justifier d'une qualité. Nous avons vu que pour ce qui concerne les actions des groupements, le problème n'est pas un problème de l'avantage poursuivi, mais un problème de l'appartenance du pouvoir de défendre les intérêts collectifs, par la voie juridictionnelle (47). Cette remarque est importante, elle nous aidera à mieux apprécier la nature de la relation entre la qualité et le droit.

### § 3. — La qualité, condition de l'action, a pour effet de créer un droit.

324. — La technique d'intérêt direct et personnel a pris naissance dans le domaine du contentieux objectif qu'est le recours pour excès de pouvoir. C'était un excellent moyen pour donner satisfaction aux intérêts des administrés à la légalité des actes administratifs. « La nature purement objective du recours pour excès de pouvoir n'a pas interdit à la jurisprudence de rechercher la situation juridique du requérant pour y découvrir l'intérêt direct et personnel. En réalité, dans la majorité des cas, le requérant défend sa situation juridique particulière en invoquant une violation de la légalité qui protège cette situation. Tous les requérants se trouvant dans la même position que lui, peuvent exiger la même protection. Leur intérêt direct et personnel résulte de leur situation particulière. Il ne procède pas d'un droit défini issu de cette situation. Il est uniquement la conséquence du droit qu'a chaque particulier d'exiger de la justice qu'elle protège sa situation particulière. Avant le recours au juge, ce droit est un droit d'agir. S'il est reconnu par le juge que la situation juridique du plaideur mérite la protection, il en résultera un nouveau droit pour ce dernier : l'objet de sa demande sera la source d'un droit. C'est ce droit prétendu qui donne intérêt direct et personnel. Comme le remarquait M. Hauriou (48), « la prétention de droit n'apparaît nécessairement que dans l'instance, comme prétention à obtenir gain de cause, c'est-à-dire à obtenir un droit futur » (49).

(45) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 241, p. 218 et n° 263, pp. 244-245.

(46) *Supra*, n° 303.

(47) *Supra*, n°s 259 et s.

(48) Hauriou, *Les éléments du Contentieux*, Rec. de législation de Toulouse, 1905, p. 43.

(49) Debbasch, *Proc. adm. et proc. civ.*, n° 280, p. 258.

325. — Cette analyse est également valable pour les cas du contentieux objectif en droit judiciaire privé (les actions du ministère public et les actions des groupements). Le résultat de la recevabilité de l'action est la création d'un droit (50). Certains arrêts de la Cour de cassation laissent entendre qu'il faut justifier d'un droit pour agir en justice (51). M. Hébraud (52) a fait remarquer que le mot droit a deux sens : 1° certains arrêts songent à un droit précis avant l'exercice de l'action; 2° certains arrêts se contenteraient peut-être d'un droit qui ne prendra figure que par la sanction que lui procurera l'exercice de l'action. L'essentiel dans cette hypothèse serait l'intérêt à protéger. La protection juridique de celui-ci l'érigera en droit. Le droit est plus un effet qu'une condition de l'action (53).

326. — La conclusion à laquelle nous arrivons est que si en certaines hypothèses l'intérêt direct et personnel est la conséquence d'un droit (le titulaire d'un droit a un intérêt direct et personnel à le faire valoir en justice), en d'autres hypothèses, il donne naissance à un droit (la protection judiciaire d'un intérêt direct et personnel l'élève au rang d'un droit). Ceci est vrai tant pour « l'intérêt direct et personnel » que pour « l'intérêt juridique ». Les deux notions se recoupent. L'intérêt direct et personnel n'a pas de sens s'il n'est pas juridique, et l'intérêt juridique ne peut être apprécié que par rapport à une certaine personne.

### Sous-Section III

## LE DEFAUT DE QUALITE DONNE LIEU A UNE FIN DE NON-RECEVOIR LIEE AU FOND

327. — Les relations étroites entre la qualité et le fond justifient de considérer le moyen tiré du défaut de qualité comme une fin de non-recevoir liée au fond (54). Ce moyen échappe au régime strict établi par l'article 192 C. proc. civ. Le défaut de qualité peut être soulevé en tout état de cause (55), même si le moyen ne touche pas à l'ordre public (56). Il importe donc de distinguer entre le défaut

(50) *Supra*, pp. 185-186.

(51) Voy. par ex. Cass. civ. soc., 8 octobre 1958, Dr. soc., 1954, p. 342, note Hébraud ; Cass. civ. soc., 1er juillet 1955, 2 décembre 1955, 4 octobre 1955, J.C.P. 1956.II.9634.

(52) Obs. R.T.D.C. 1957, p. 165.

(53) Dans le même sens : Raynaud, note sous Trib. civ. Seine, 19 juin 1957, D. 1958.67 (l'irrecevabilité de l'action d'une association à fin d'annulation et de dissolution, pour illicéité de son objet, d'une autre association).

(54) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 265, p. 248.

(55) Voy. par ex. : Civ., 23 janvier 1843, S. 43.I.218, Civ., 6 octobre 1953, S. 1954.I.107 ; Soc., 3 juillet 1958, D. 1958.638 et la note.

(56) Civ., 10 décembre 1958, J.C.P. 1959.IV, édit. G., p. 10 ; Bull. civ., 1959.I, p. 451.

de qualité, qui donne lieu à une fin de non-recevoir, et les irrégularités procédurales qui donnent lieu à une exception de nullité. Parfois la distinction entre la qualité et les conditions de forme est délicate. Dans une affaire intéressante, la question s'est posée de savoir si le fait qu'une Société à responsabilité limitée a agi par son directeur tandis qu'elle devait agir par son gérant, donnait lieu à une exception de nullité ou à une fin de non-recevoir. La Cour de cassation a décidé qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir à laquelle n'est pas applicable l'article 173 C. proc. civ. Donc le plaideur qui s'en prévaut ne doit pas justifier d'un grief (57). De plus, une jurisprudence constante décide que la violation de la règle « nul ne plaide par procureur » donne lieu à une exception de procédure et non à une fin de non-recevoir (58).

## Section III

## LA CAPACITE D'ESTER EN JUSTICE

### Sous-Section I

### LA DISTINCTION ENTRE LA QUALITE ET LA CAPACITE

*(capacité de jouissance ou capacité d'exercice).*

328. — La qualité est un pouvoir; la capacité, elle aussi, est un pouvoir ou une aptitude (59). D'où la difficulté de distinguer entre les deux notions. Pour la capacité d'exercice, MM. Solus et Perrot ont proposé la distinction suivante : « tandis que la qualité s'entend du pouvoir qui appartient à un plaideur de déduire en justice le droit litigieux, la capacité détermine les conditions dans lesquelles en fonction de son aptitude personnelle, il sera admis à exercer l'action. Ainsi, la femme mariée sous un régime de communauté, ne peut pas, en dépit de sa pleine capacité, intenter une action mobilière ou une action possessoire (art. 1428, C. civ.), parce que le régime matrimonial adopté lui a retiré le pouvoir d'invoquer en justice les droits

(57) Civ., 6 novembre 1958, Gaz. Pal., 1959.I.57.

(58) Voy. par exemple : Civ., 24 novembre 1875, S. 1876.I.166 ; Req., 8 mars 1892, S. 1892.I.443 ; Civ., 9 février 1921, S. 1921.I.350 ; Civ., 16 février 1948, J.C.P. 1948, édit. Avoués, IV, 147, obs. Madray ; Paris, 15 octobre 1962, Gaz. Pal., 1963. I.60 ; Glasson, Tissier et Morel, *Tr. proc. civ.*, T. I, n° 218, p. 557 ; Giverdon, Chr. D. 1952, p. 87 ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1945, p. 133 ; 1946, p. 246 ; Béguet, *Et. crit. de la notion des fins de non-recevoir, R.T.D.C.* 1947, p. 146, n° 11.

(59) Carbonnier, *Dr. civ.*, T. I, § 210, p. 643, « Tandis que la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits, le pouvoir est l'aptitude à exercer les droits d'autrui, à agir pour le compte d'autrui et en son nom ; ex. : pouvoir du mandataire (représentant conventionnel), mais aussi pouvoir du tuteur (représentant légal).

mobiliers dont elle se prétend titulaire ou ceux qui découlent de sa propre possession, pour l'attribuer exclusivement à son mari, lequel, de ce fait, a seul qualité pour agir. La qualité et la capacité sont, par conséquent, deux notions qui ne se confondent pas » (60). Les deux savants auteurs admettent que cette distinction n'apparaît pas toujours très clairement : « S'il en est ainsi, c'est parce que souvent le procédé technique utilisé par la loi pour protéger l'incapable consiste à désigner un tuteur qui aura le pouvoir d'agir au nom de son pupille et qui, seul par conséquent, aura qualité pour ce faire » (61).

329. — La distinction entre la capacité de jouissance et la qualité est, elle aussi, subtile. « Le domaine d'intervention de la qualité doit être soigneusement circonscrit, car c'est une erreur de croire que cette notion ait vocation à intervenir chaque fois que se pose la question de savoir si une personne peut, ou non, agir en justice. Cette question est, en effet, susceptible de se poser sur deux plans qu'il importe de ne pas confondre. On peut d'abord se demander si la personne qui entend agir dispose du pouvoir général de s'adresser aux tribunaux, abstraction faite de toute référence à une question litigieuse déterminée; on peut ensuite s'interroger sur le point de savoir si, précisément, elle a le pouvoir de soumettre au juge une telle question. Or, c'est seulement sur ce second plan qu'intervient la notion de qualité » (62). La capacité de jouissance pose ainsi une question de pouvoir d'agir indépendamment d'une action déterminée. Chaque personne, même un étranger, est titulaire de la faculté de s'adresser à la justice (63). Les groupements ayant la personnalité morale ont cette faculté. Les groupements non personnalisés ne l'ont pas. Cependant, la jurisprudence a admis, pour des raisons pratiques, les actions intentées contre les groupements non personnalisés (64).

## Sous-Section II

## LA CAPACITE N'EST PAS UNE CONDITION DE FORME

330. — Les auteurs ne s'accordent pas sur la nature de la condition de capacité. Pour certains, « la capacité rentre en réalité parmi les conditions de validité de l'instance, elle donne ouverture à une exception plutôt qu'à une fin de non-recevoir » (65). La doctrine italienne distingue entre la capacité (*legittimatio ad processum*) et la qualité

(60) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 244, p. 246.
(61) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 244, p. 246.
(62) Giverdon, note sous Trib. paix de Nice, 23 juillet 1958, D. 1959.374.
(63) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 284, p. 263.
(64) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 287, p. 264 et s.
(65) Vizioz, obs. R.T.D.C. 1940-41, p. 313 ; Japiot, R.T.D.C. 1915, pp. 443-444 ; Gassin, *op. cit.*, n° 234, p. 173 ; n° 246, p. 185 ; Béguet, *Etude critique de la notion des fins de non-recevoir*, R.T.D.C. 1947, p. 146, n° 11.

*legittimatio ad causam*). Celle-là est une condition de validité de l'acte procédural, et celle-ci est une condition de recevabilité de l'action (66). D'autres auteurs insèrent la capacité parmi les conditions de l'action (67).

331. — La jurisprudence n'est pas unanime. Certains arrêts considèrent que le défaut de capacité est sanctionné par une exception de procédure (68). Certains autres considèrent que ce défaut est sanctionné par une fin de non-recevoir (69).

332. — Il faut signaler que la controverse est dans une très large mesure purement terminologique. Comme le remarquait M. Morel, « le moyen peut être opposé en tout état de cause, l'irrégularité résultant du défaut de capacité se renouvelant à l'occasion de chaque acte de procédure » (70). Quoi qu'il en soit, le défaut de capacité se double souvent d'un défaut de qualité (défaut de pouvoir) et il paraît tout à fait normal qu'ils soient sanctionnés par un moyen de même nature, c'est-à-dire par une fin de non-recevoir (71).

333. — La distinction entre la capacité et la forme apparaît clairement dans l'hypothèse de l'action intentée par un étranger tenu de fournir la *cautio judicatum solvi*. (Art. 110 et 167, C. proc. civ., art. 16 C. civ.) (72). On peut opposer à l'étranger qui ne se conforme pas à cette formalité l'exception de *cautio judicatum solvi*, qui est une exception de procédure et non une fin de non-recevoir (73).

(66) Liebman, *Lezioni di dir. proc. civ.*, T. I, n° 13, pp. 75-76 ; Redenti, *Enciclop. del diritto*, T. IV, V° Atti processuali, n° 4, p. 111 : « Per ciò stesso, il primo presupposto soggettivo della esistenza di un atto di parte è... che l'autore sia parte, ma che lo sia in senso processuale, anche se assuma tale qualità con l'atto stesso. Naturalmente ciò presuppone a sua volta la capacità dell'autore di essere parte... Nessuna importanza può avere invece sotto questo profilo l'essere o non essere parte in senso sostanziale (parte del diritto o dell'azione o quanto meno parte *legittimata ad causam*), ciò avrà decisiva influenza sul seguito e sull'esito del processo, non sulla esistenza ed efficacia puramente processuale dell'atto. »

(67) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 222, p. 197 ; n° 283, p. 262 et s. ; Cuche, 9e éd. du Précis de proc. civ., n° 12.

(68) Cass. civ., 4 novembre 1901, S. 1903.1.273 ; Angers, 9 janvier 1930, Gaz. Pal., 1930.1.514 ; Civ., 12 mars 1954, Gaz. Pal., 1954.1.320.

(69) Cass. civ., 22 juillet 1931, D.H. 1931.522.

(70) Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 320, p. 266.

(71) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 293, p. 271.

(72) Solus et Perrot, *Dr. judic. pr.*, T. I, n° 289, p. 268.

(73) Paris, 3 mars 1960, D. 1961, Somm. 4.

## Conclusion du chapitre II

334. — La qualité et la capacité sont deux conditions qui se rattachent à la personne du plaideur. La qualité est appréciée en fonction d'une situation juridique déterminée. Elle est une condition d'existence de l'action, d'où la difficulté de distinguer entre le fond et la recevabilité. La capacité est appréciée par rapport à une situation juridique déterminée. Elle est une condition d'exercice de l'action; d'où la difficulté de distinguer entre la forme et la recevabilité. L'existence d'un pouvoir d'agir est distinct du fond. La capacité requise pour exercer l'action ne peut être considérée comme une simple formalité procédurale. La qualité et la capacité ont ceci de commun qu'elles concernent l'aptitude d'une personne à agir en justice. Selon une analyse juridique rigoureuse, le défaut de l'une de ces deux conditions doit être sanctionné par une fin de non-recevoir.

## CHAPITRE III

# *LE LAPS DE TEMPS*

335. — Le droit attache des conséquences importantes au laps de temps. L'élément temps joue un rôle primordial dans les relations juridiques comme dans les autres relations sociales. Faire acquérir un droit au bout d'un certain temps (prescription acquisitive) ou faire éteindre un droit qui n'est pas exercé dans un certain délai (prescription extinctive) apparaissent comme des moyens efficaces pour faire régner l'ordre et la paix et réaliser la sécurité et la stabilité dans l'ordre juridique. Dans ce chapitre, il sera seulement question de la prescription extinctive puisque c'est elle qui nous intéresse en tant qu'une fin de non-recevoir. La prescription acquisitive relève du droit du fond, puisqu'il s'agit d'un des modes d'acquérir des droits substantiels.

336. — Dans le domaine des effets du temps sur les relations juridiques, on constate des flottements terminologiques. On confond souvent entre la prescription, la forclusion et la déchéance. Il est évident que dans le choix et l'emploi des termes, un certain degré d'arbitraire est inévitable. L'imprécision terminologique nous montre qu'il s'agit des différentes sanctions qui n'ont pas toujours les mêmes caractères. Or, il est difficile de classifier ces sanctions. Le critère de distinction le plus valable est celui qui tient à *l'objet* du délai : l'objet des délais de prescription et de forclusion est le droit d'action; l'objet des délais de déchéance est l'acte de procédure. Mais malgré la diversité de leur objet, l'inobservation des délais est sanctionnée par des fins de non-recevoir.

*Section I :* La prescription et la forclusion.

*Section II :* Les délais de procédure.

*Section III :* Les caractères communs aux fins de non-recevoir tirées du laps de temps.

## Section I

## LA PRESCRIPTION ET LA FORCLUSION

337. — Le droit d'action une fois né, il faut l'exercer dans un certain délai. Si le temps pour agir s'est écoulé, le droit d'action est éteint. De prime abord, cela paraît simple. Mais des complications et des confusions se sont glissées dans le langage juridique si bien qu'il paraît dangereux de procéder par généralisation. La raison en est que le législateur et la jurisprudence ont choisi d'adopter une méthode empirique dans le choix des solutions pour les différentes situations. Et on ne peut qu'approuver une telle approche car, dans chaque situation, des considérations différentes sont en jeu. C'était la doctrine qui a essayé de dégager, d'ailleurs dans un esprit sceptique, certains principes généraux qui servent de guide pour maîtriser une matière où les inconvénients de l'empirisme sont particulièrement ressentis (1).

338. — Il ne s'agira pas ici ni de traiter en détail de toutes les questions que suscite le problème de l'effet du temps sur les droits substantiels et sur les actions, ni de suggérer une théorie générale sur les prescriptions et les forclusions, mais seulement d'expliquer comment le temps d'agir s'analyse en une condition de recevabilité de l'action tout en soulignant les traits marquants du moyen d'irrecevabilité tiré du laps de temps.

(1) Cf. Carbonnier, *Dr. Civ.*, T. II, § 223, p. 784 : « En réaction contre l'ancien droit, ou tantôt pour allonger, tantôt pour abréger les délais, trop de tempéraments judiciaires, trop de solutions d'équité entretenaient l'incertitude des justiciables, le Code Napoléon voulut instaurer un système de stricte légalité. Mais l'évolution de la jurisprudence, depuis 1804, a consisté dans un retour partiel à l'équité, voire à l'arbitraire de l'Ancien Droit : appuyant tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, partout où une question est controversée, les tribunaux soumettent *a posteriori* les prétentions au délai qu'elles leur paraissent mériter. » Il semble qu'en droit romain et pendant la période de l'Ancien Droit, toute distinction entre les délais fut inconnue : Vasseur, *Délais préfix, délais de prescription et délais de procédure*, R.T.D.C. 1950, pp. 440-441. La *prescription romaine* (v. *supra*, n° 108) est à l'origine de notre prescription moderne. Il est significatif que dans l'Ordonnance d'avril 1667, le délai pour interjeter appel était dix ans (art. 16, tit. 27). La confusion terminologique persista au XIX^e^ siècle : Merlin, *Répertoire*, V° *Prescription ;* Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, 4^e^ éd., n^os^ 38 et s. Mais on distinguait déjà entre la déchéance et la prescription, la déchéance ayant un caractère de pénalité plus marqué : Troplong, *De la prescription*, Paris, 1835, T. I, n° 27, p. 33, cité par Sallé, R.T.D.C. 1933, p. 1038.

## Sous-Section I

## LE LAPS DE TEMPS ETEINT L'ACTION ET NON LE DROIT

339. — Aux termes de l'article 2262 C. civ., ce sont les actions tant réelles que personnelles, auxquelles s'applique la prescription trentenaire. Également, les articles 2271, 2272, 2273 parlent expressément de la prescription des actions. Ce qui donne à penser que le laps de temps éteint l'action et non le droit (2). Les articles 2276 et 2277 emploient une terminologie différente, en ce qu'elles ne parlent pas de « la prescription de l'action » : « les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après le jugement des procès », dit l'article 2276 C. civ. : « les arrérages de rentes perpétuelles et viagères... se prescrivent par cinq ans », stipule l'article 2277 C. civ. Mais il semble que dans les hypothèses des articles 2276 (3) et 2277 (4) C. civ., le législateur a également envisagé la prescription de l'action et non l'extinction du droit.

340. — Il convient de distinguer entre les effets du laps de temps sur les créances et sur les droits réels.

### § 1. — La prescription éteint l'action et non la créance.

341. — La théorie classique enseigne que la prescription éteint l'obligation civile et laisse subsister une obligation naturelle. Le débiteur qui est libéré « civilement » de payer la dette, est tenu, selon sa conscience, de la payer. Il en résulte que le créancier ne peut réclamer, par la voie d'action, le paiement de sa dette, si la période de prescription s'est écoulée. Mais si le débiteur accepte de payer, son paiement est valable et, par conséquent, il ne peut pas réclamer la répétition de ce qu'il a payé. Seulement il faut que le débiteur soit conscient qu'il paie une dette prescrite. Le débiteur qui croit que la dette n'est pas prescrite, tandis qu'elle est en réalité prescrite, commet une erreur qui lui donne le droit à la répétition, parce que, dans ce cas, son paiement est sans cause. La Cour de cassation, dans une série d'arrêts (5), s'est écartée de ces solutions en apportant une précision nouvelle : le paiement d'une dette prescrite reste valable « bien que

(2) Aubry et Rau, T. XII, § 775, p. 474, note 12 ; Planiol, Ripert et Boulanger, *Tr. Dr. Civ.*, T. II, n° 2052, p. 722 ; Carbonnier, R.T.D.C. 1952, p. 178 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 303 ; *contra* : Vasseur, *op. cit.*, R.T.D.C. p. 448 et s.

(3) Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2090.

(4) Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2062.

(5) Req., 21 janvier 1935, S. 1935.I.321 ; Req. 17 janvier 1938, D. 1940.I.57, note Chevallier ; Civ., 4 décembre 1944, S. 1947.I.29 ; Com. 8 juin 1948, D. 1948, 376 ; Com. 21 février 1949, D. 1949, 208.

le débiteur ait ignoré au moment du versement que la prescription était acquise » (6). A la lumière de cette précision, on a pu démontrer ce qu'il y a d'arbitraire dans la notion d'obligation naturelle et on a pu conclure que l'obligation « prescrite » ne cède pas la place à une obligation naturelle. L'obligation tout court subsiste avec cette différence qu'elle devient démunie du pouvoir de la faire respecter en justice par la voie d'action. Cette idée a été brillamment développée par Michelle Gobert (7) : « La distinction entre le droit et l'action ne mérite pas le qualificatif d'abusive, dès l'instant que le droit, bien que démuni de son action, est encore capable de recevoir une sanction : celle que concrétise l'impossibilité de répéter le paiement effectué. Le législateur avait donné au créancier le pouvoir de faire sanctionner son droit en justice; il le lui retire après l'écoulement d'un laps de temps déterminé par lui; pour autant, l'obligation n'en demeure pas moins entière et susceptible d'une exécution valable. Au surplus, la précision apportée par la Cour suprême quant au rôle indifférent de l'erreur démontre bien qu'il s'agit toujours de l'obligation ancienne » (8).

### § 2. — La prescription n'éteint pas l'action en revendication, mais éteint les actions confessoires.

342. — En matière d'actions réelles, la prescription soulève des problèmes difficiles et avant tout il s'agit de savoir quelles sont les actions qui peuvent être frappées par la prescription.

#### A. — L'action en revendication immobilière.

343. — La tradition constante du droit français est que le droit de propriété est un droit perpétuel, imprescriptible (9). D'où on a déduit que l'action qui protège ce droit, l'action en revendication, n'est pas prescriptible, malgré la généralité des termes de l'article 2262 C. civ. (10) : « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans ». Ici, il apparaît que l'imprescriptibilité du droit substantiel est le fondement de l'imprescriptibilité de l'action. Cela signifie que la propriété ne se perd pas par le non-usage. Si un propriétaire d'un immeuble perd la possession et l'usage de son bien pendant trente ans, il peut intenter l'action en revendication contre le possesseur. Celui-ci peut repousser l'action en revendication seulement s'il prouve qu'il est devenu propriétaire par l'effet d'une

(6) Req. 21 janvier 1935, S. 1935.I.321.

(7) M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris 1957, pp. 26-27.

(8) Dans le même sens, Chevallier, note D. 1940.I.57 ; Loussouarn, *Les conditions d'erreur du solvens dans la répétition de l'indû*, R.T.D.C. 1949, p. 212 spécialement p. 228.

(9) Pothier, *La propriété*, n° 276 ; Req. 12 juillet 1905, D. 907.I.141.

(10) Aubry et Rau, T. XII, n° 772, p. 438.

prescription acquisitive de dix ou de vingt ans. « La propriété peut être déplacée par l'effet de la prescription; elle ne peut pas être perdue purement et simplement » (11).

### B. — L'action en revendication mobilière.

344. — Il ne semble pas qu'on puisse trouver des solutions tranchées pour ce qui concerne la prescription de l'action en revendication mobilière.

Le régime de l'acquisition et de la perte de la propriété des meubles obéit à des considérations particulières, totalement étrangères au système de la propriété immobilière. En matière de meubles, la possession joue un rôle prépondérant : l'article 2279 C. civ. le dit expressément : En fait de meubles, la possession vaut titre (12). Le tiers de bonne foi qui a acquis le meuble *a non domino* peut invoquer sa possession pour repousser la revendication du propriétaire originaire. Mais la maxime en fait de meubles ne supprime pas la revendication du propriétaire en tous les cas. Le propriétaire dépossédé peut exercer l'action en revendication contre le possesseur du meuble volé ou perdu dans le délai de trois ans à compter du jour de la perte ou du vol (art. 2279-2). Le délai de trois ans (13) n'est pas un délai de prescription, mais un délai préfixe puisqu'il n'est susceptible ni de suspension, ni d'interruption. Il faut souligner que l'écoulement de ce délai éteint l'action en revendication et laisse intact le droit de propriété qui, comme le droit de propriété des immeubles, est un droit perpétuel qui ne se perd pas par le non-usage (14).

De même, le propriétaire dépossédé peut intenter l'action en revendication contre son cocontractant (le créancier gagiste, le dépositaire, le mandataire, le locataire, etc.). Cette action est bien une action en revendication qui doit être distinguée de l'action personnelle en restitution qui est également ouverte au propriétaire dans notre hypothèse (15).

Enfin, le propriétaire hors de possession peut intenter l'action en revendication contre tout possesseur de mauvaise foi qui ne peut pas invoquer la protection de la maxime en fait de meubles (16).

(11) Planiol, Ripert et Picard, *Tr. Pr. dr. civ.*, T. III, n° 355, p. 349 ; Colin et Capitant, *Tr. dr. civ.*, T. II, n° 230, p. 136.

(12) Planiol, Ripert et Boulanger, *Tr. dr. civ.*, T. II, p. 974 et s. ; Carbonnier, *Dr. civ.*, T. II, p. 251 ; Omar, *Estoppel and Ostensible Authority in English and French law, Thèse,* Cambridge 1964.

(13) Il faut noter que l'action qui est éteinte par trois ans est l'action en revendication. L'action intentée par le propriétaire contre le voleur qui, par fraude, a transmis à un tiers la chose volée pour se soustraire à la revendication n'est pas une action en revendication et par conséquent, est soumise à la prescription trentenaire : Aubry et Rau, n° 772, p. 437.

(14) Obs. Solus, sur Trib. civ. Seine, 23 janvier 1950, Gaz. Pal. 1950.I.143, R.T.D.C. 1950, p. 203.

(15) Planiol, Ripert et Boulanger, *Tr. dr. civ.*, T. II, n° 2867, p. 994.

(16) Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2838, p. 984.

Mais l'action en revendication dont le propriétaire dispose contre son cocontractant et contre le possesseur de mauvaise foi, est-elle prescriptible ? Certains auteurs le pensent (17) : puisque le législateur a prévu, dans des termes non équivoques, de renfermer l'exercice de l'action dans un court délai de trois ans, cela signifie qu'il a admis le principe de l'extinction de l'action en revendication des meubles par le laps de temps, et par conséquent, rien ne s'oppose à ce que cette action soit éteinte après l'écoulement du délai de trente ans, par application de la règle générale énoncée dans l'article 2262 C. civ. Mais il ne semble pas que cette solution a gagné l'adhésion de la jurisprudence. Dans une espèce fort intéressante, le tribunal civil de la Seine a décidé que doit être admise l'action intentée par les héritiers, ayant pour objet la revendication des pièces d'or découvertes dans un immeuble en démolition (ces pièces ne constituent pas un trésor), quelle que soit l'ancienneté du dépôt, remontant dans l'espèce à deux siècles (18). Soit qu'on admet ou non la prescription trentenaire pour l'action en revendication, un point pourtant semble être certain : le droit de propriété, lui, est un droit perpétuel, imprescriptible (19).

### C. — Les actions confessoires.

345. — Les actions confessoires sont celles qui tendent à la protection des droits réels qui sont des démembrements de la propriété : l'usufruit et les servitudes (20). Dans leur fonction, les actions confessoires sont analogues à l'action en revendication. A la différence de l'action en revendication qui, comme nous l'avons vu, est imprescriptible, les actions confessoires, elles, sont prescriptives par trente ans (art. 2262 C. civ.). On peut dire que la prescription trentenaire éteint non seulement l'action mais aussi le droit lui-même. « Les droits réels démembrés de la propriété peuvent tous se perdre par une prescription extinctive, appelée plus spécialement non-usage. Le motif en est que ces démembrements du droit de propriété sont contraires à l'état normal, qui est la plénitude de la propriété et la jouissance exclusive de la chose par son propriétaire. Pour des raisons d'utilité, la loi tolère l'établissement de droits réels sur la chose d'autrui, mais favorise le retour à l'état normal » (21). Encore faut-il noter que le législateur emploie un langage qui ne laisse pas de doute. L'article 617, alinéa 5, dit que « l'usufruit s'éteint... par le non-usage du droit pendant trente ans ». D'ailleurs, il est à remarquer que le droit d'usufruit est un droit *temporaire* qui, par définition, est différent du droit *per-*

(17) Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2838, p. 984 ; Carbonnier, *Dr. civ.*, T. II, p. 257.

(18) Trib. civ. Seine, 1er juin 1949, D. 1949.350, note G. Ripert.

(19) M. Carbonnier, *op. cit.*, p. 258, admet que l'action en revendication dirigée contre le détenteur précaire est imprescriptible.

(20) Planiol, Ripert et Boulanger, *Tr. dr. civ.*, T. II, n° 2331, p. 818.

(21) Planiol, Ripert et Picard, *Tr. pr. dr. civ.*, T. III, n° 355, p. 349.

*pétuel* de propriété (22). L'article 706 C. civ. dit que « la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans » (23). L'écoulement d'un délai de trente ans éteint la servitude, même si l'exercice de la servitude ait été repris après le délai trentenaire sans opposition de la part du maître du fonds assujetti (24).

## Sous-Section II

## LE CARACTERE EMPIRIQUE DE LA POLITIQUE LEGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE - LE PROBLEME DES DELAIS PREFIX

346. — Face à la variété des situations auxquelles s'applique la prescription, le législateur a adopté des solutions nuancées non seulement quant à la détermination de la durée de la prescription, mais aussi quant au caractère même de la prescription.

### § 1. — La durée de la prescription.

347. — Le principe général est que toutes les actions, tant personnelles que réelles se prescrivent par trente ans. (Art. 2262, C. civ.). C'est la prescription de droit commun. L'article 2277 C. civ. établit une prescription quinquennale pour certaines créances caractérisées par leur *périodicité* : les arrérages de rentes perpétuelles et viagères, les arrérages des pensions alimentaires, les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux, les intérêts des sommes prêtées, *et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts.*

« Cette prescription abrégée a été surtout édictée *pour empêcher l'accumulation des termes impayés* par suite de la négligence ou de la tolérance du créancier. Le débiteur, qui aurait pu s'acquitter si on lui avait demandé régulièrement le paiement, serait écrasé par une dette devenue trop lourde. Le code a tiré de cette idée une conséquence remarquable : c'est que le cours de cette prescription *n'est pas suspendu* en raison de la qualité du créancier » (25). La détermination de la durée de prescription ne manque pas d'un certain degré d'arbitraire. Il y a une prescription de quatre ans (la prescription des dettes de l'Etat, des départements et des communes), de trois ans (*par ex. :* l'action résultant d'un billet à ordre contre le souscripteur : art. 185 C. com.), de deux ans (*par ex. :* l'action en rescision pour lésion d'une

(22) Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*, n° 867 ; Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 3040, p. 1055.

(23) V. Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*, n° 993 ; Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 3189, p. 1104.

(24) Civ. 7 juillet 1856, D.P. 56.I.285.

(25) Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2064, p. 725.

vente d'immeuble : art 1676 C. civ.), ou d'un an (*par ex. :* les actions en matière de transport : art. 108 C. com.). Encore plus : il y a des prescriptions qui sont inférieures à un an, comme par exemple la prescription de six mois des porteurs de lettres de change contre les endosseurs et des endosseurs les uns contre les autres (art. 179 C. com.) ; la prescription de trois mois des actions civiles en réparation des délits forestiers (art. 685 C. forest.) ; la prescription d'un mois pour les actions civiles en matière de délits ruraux (art. 478 C. rural).

### § 2. — La nature de la prescription.

348. — Le fait que la durée de la prescription varie sensiblement d'un cas à l'autre, de trente ans à un mois, montre bien que les considérations qui sont à la base de la prescription sont très variables. Toute tentative de les réduire à un seul principe ne manque pas d'arbitraire et, par conséquent, est vouée à l'échec.

Cependant, on peut dire que le fondement commun à toute sorte de prescription est l'idée qu'un certain temps écoulé, il ne faut plus contester en justice certaines situations (26). Tantôt il s'agit d'une simple consolidation sans plus des situations existantes — c'est le cas par exemple de la prescription des actions confessoires — tantôt il s'agit de protéger le débiteur ayant mis foi en ce que le créancier n'exigera pas trop tardivement le paiement de sa créance (27) (v. par ex. les prescriptions de l'art. 2277) ; tantôt, il s'agit de stimuler le zèle du demandeur pour qu'il agisse immédiatement. C'est le cas, par ex. du délai de trois ans de l'article 2279 C. civ. Le propriétaire du meuble perdu ou volé doit agir dans le délai de trois ans à compter du jour du vol ou de perte. La soumission de l'action en revendication à un court délai s'explique par le fait que la revendication est ouverte au propriétaire à titre exceptionnel et par dérogation au principe « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Tantôt, il s'agit de stimuler le zèle du demandeur non seulement dans le dessein de protéger le commerce en faisant régner la confiance dans le monde des affaires, mais aussi pour des considérations concernant la possibilité pratique de vérifier les prétentions contradictoires en cause (28). C'est le cas de l'extinction de l'action résultant des vices rédhibitoires, si l'acquéreur ne l'intente pas dans un bref délai (art. 1648).

C'est le cas également de l'extinction de l'action en responsabilité dirigée contre le voiturier du fait d'une avarie ou d'une perte partielle si, dans le délai de trois jours à partir de la réception de la mar-

(26) Aubry et Rau, T. XII, n° 771, p. 428, La prescription de ce point de vue peut être rapprochée de l'autorité de la chose jugée, « l'écoulement du temps est, comme le jugement lui-même, un mode de solution des litiges » ; CORNU et FOYER, *Proc. civ.*, p. 302 ; Glasson et Tissier, T. I, n° 227, p. 575.

(27) CARBONNIER, *Dr. civ.*, T. II, n° 223, p. 785 ; Planiol, Ripert et Boulanger, T. II, n° 2009, pp. 709-710.

(28) Planiol, Ripert et Boulanger, T. II, n° 2009, pp. 709-710.

chandise et le paiement de la voiture, le demandeur n'a pas notifié au voiturier une protestation motivée par lettre recommandée (art. 105 C. com.) (29).

Bref, si on examine chaque situation, on peut constater que plusieurs considérations sont en jeu. Ceci met en évidence le rôle « procédural » de la prescription en tant qu'un moyen d'aménager l'exercice de l'action.

M. Carbonnier (30) a pertinemment souligné le caractère « superficiel » de la prescription. « Ce n'est sans doute rien de plus qu'un obstacle procédural à l'action, et, soulevée comme une exception de procédure, elle ne saurait produire effet avant d'avoir été invoquée en justice ». Ainsi sont restreintes au maximum les conséquences d'une institution « qui a l'antiquité foncière d'une spoliation ».

349. — Si, dans le langage des arrêts et des auteurs, on constate une hésitation à propos de qualifier la prescription comme une fin de non-recevoir ou comme une défense au fond, pour certaines sortes de prescriptions il n'y a pas de difficulté. Tantôt le laps de temps est considéré comme une présomption de paiement, et tantôt comme une véritable sanction procédurale, comme une authentique fin de non-recevoir.

### § 3. — L'écoulement du temps en tant que présomption du paiement.

350. — Pour certaines créances, celles énumérées par le code civil dans les articles 2 271 — 2 272 — 2 273, une courte prescription est établie dont la durée varie de six mois à deux ans. Il s'agit des dettes qui, selon les usages, sont rapidement payées, comme les dettes de fournitures et les dettes d'honoraires. Cette prescription est basée sur l'idée que le créancier dans ce genre de créances qui ne réclame pas d'être payé dans un court délai, doit être considéré comme ayant été payé. En d'autres termes, l'écoulement du temps fait naître une présomption de paiement sans plus (31). La prescription, dans cette hypothèse, joue comme une règle de preuve et, par conséquent, ne peut être qualifiée ni comme un moyen de défense au fond, ni comme une fin de non-recevoir. De cette différence de nature, résultent des conséquences pratiques importantes. Tout d'abord la prescription qui repose sur une présomption de paiement est inapplicable à un litige qui porte non sur le paiement, mais sur l'existence et le montant même de la dette (32). De plus, à supposer que la prescription est accomplie, si le débiteur avoue la dette, il restera obligé à

(29) Rodière, *Droit des transports*, T. II, n° 1101.
(30) Carbonnier, R.T.D.C. 1952, p. 176.
(31) Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2071, pp. 727-728 ; Carbonnier, *Dr. civ.*, T. II, n° 222, p. 782.
(32) Soc. 24 janvier 1962, J.C.P. 1962.IV, éd. G. 34.

payer. Peu importe si l'aveu est exprès ou tacite (33). Il est à remarquer que le refus de prêter serment pour savoir si la dette a été payée vaut aveu tacite (art. 2275) (34). Dans les prescriptions ordinaires, il en est autrement : l'aveu de la dette par le débiteur ne l'empêche pas d'invoquer le bénéfice de la prescription accomplie. Ce n'est pas l'aveu, mais la renonciation, tacite ou expresse, qui peut écarter les effets de l'accomplissement de la prescription (art. 2220) (35).

### § 4. — L'écoulement du temps en tant qu'un moyen strictement procédural.

351. — A part les cas où l'écoulement du temps a pour effet d'éteindre un droit substantiel ou d'établir seulement une simple présomption de paiement, il s'agit à la vérité d'un moyen procédural dont le contenu et l'efficacité varient largement en fonction de l'institution du fond en question. En un mot, il s'agit d'une fin de non-recevoir (36). Beaucoup de doutes auraient été dissipés et beaucoup de difficultés auraient été évitées si cette idée avait été dégagée avec une fermeté plus claire. Si on prend comme point de départ le caractère procédural de la prescription, la tendance naturelle de l'esprit est amenée à constater que certains de ces moyens procéduraux ont un caractère procédural très net, plus net que dans les autres moyens. Cette remarque est très utile puisqu'elle nous aide à saisir le sens de la querelle concernant la distinction entre les délais de prescription et les délais préfix ou de forclusion (37). Cette distinction ne correspond pas, à notre avis, à une distinction entre les moyens qui relè-

(33) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, n° 2084, p. 732. Mais il faut que les faits invoqués soient de nature à détruire la présomption : Civ. 29 mai 1961, Bull. civ. I, 1961, p. 218.

(34) Carbonnier, R.T.D.C. 1952, p. 175.

(35) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, n° 2055, pp. 722-723.

(36) La prescription s'analyse en un empêchement de contester. « La partie à laquelle on oppose une exception de prescription ne peut la combattre par aucun moyen tendant à établir que la dette est encore due. » Aubry et Rau, T. XII, n° 775, p. 472.

(37) Sur les controverses autour du critère des délais préfix, voy, Voirin, note D. 1934.2.33 ; Vasseur, R.T.D.C. 1950, p. 445 et s. ; Carbonnier, R.T.D.C. 1952, p. 171 et s. ; Aubry et Rau, T. XII, n° 771, p. 429 et s. ; Planiol, Ripert et Boulanger, T. II, n° 2097, p. 735 ; SOLUS et PERROT, *Dr. jud. pr.*, T. I, n° 428, pp. 394-395. En droit administratif, le temps pour agir est considéré comme une condition de recevabilité de recours pour excès de pouvoir bien distincte des conditions du fond (la légalité de l'acte) : voy. TIXIER, *Les effets de l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir*, Chron. Dalloz, 1957, p. 25 ; KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris 1959, pp. 190-192. En droit italien, la déchéance « decadenza » est considérée comme une fin de non-recevoir liée au fond « *eccezione d'inammissibiltà in senso sostanziale* », cf. A. Mogazzù, V° « *Decadenza* » in Nsso. Dig. It., T. V, n° 14.

vent du droit de fond et les moyens qui rentrent dans le domaine du droit judiciaire (38).

Il ne s'agit donc pas d'une différence de nature, d'une différence de principe, entre les délais de prescription et les délais de forclusion, mais seulement d'une simple différence dans le degré de rigidité procédurale (39).

352. — Mais quels sont les signes de cette rigidité procédurale ? Il va sans dire que la rigidité peut assumer les aspects les plus divers.

### § 5. — Les délais fixés à l'avance et les délais non fixés à l'avance.

353. — Un premier aspect du rigorisme consiste en ce que la durée du délai est fixée d'avance à coup sûr, de telle sorte que ce délai ne soit susceptible ni de suspension, ni d'interruption. Cette catégorie de délais s'appelle « délais préfix »; les autres délais de droit commun, appelés «délais de prescription », ne sont pas moins fixés et précisés, mais ils le sont seulement dans leur minimum (40). La survenance d'une cause d'interruption ou de suspension aura pour effet de proroger le délai. Mais il est remarquable que la rigidité du délai préfix n'est pas absolue.

Car c'est un principe reconnu que les délais préfix ne courent pas contre la personne qui n'a pu agir à cause d'une force majeure : *contra non valentem agere non currit praescriptio* (41). Cette dérogation importante au principe de la fixité à l'avance du délai traduit la complexité des différentes considérations qui sont en jeu. Tout essai de systématisation théorique ne doit pas nous masquer l'empirisme de la jurisprudence. « La qualification du délai préfix peut être un biais commode pour n'avoir pas à appliquer un allongement de temps, par suspension ou interruption, qui laisserait à découvert, pendant une très longue période, des catégories de défendeurs jugées intéres-

(38) *Contra :* Vasseur, *Délais préfix, délais de prescription et délais de procédure,* R.T.D.C. 1950, n° 15, p. 454.

(39) V. par exemple : Trib. civ. de Senlis, 26 juin 1946, D. 1948.76, note Voirin, « Attendu que l'article 1080 modifié par la loi du 7 février 1938 est muet sur le caractère préfix du délai qu'il prescrit... qu'il importe donc de rechercher dans la finalité de la loi le caractère dudit délai ; qu'il n'est pas douteux que le législateur de 1938 a entendu stabiliser les partages d'ascendant en les rendant inattaquables dans un délai très court, et ce, aussi bien pour des raisons sociales qu'économiques, qu'ainsi a été créé une disposition neuve et originale qui a conféré un caractère de véritable déchéance à la non-observation dudit délai, nonobstant l'état de minorité des intéressés, qu'il appartient donc au tribunal de déclarer que l'échéance du délai opère à l'encontre du mineur comme à l'égard du majeur. »

(40) Voirin, note sous Nancy, 17 février 1934, D. 1934.2.33.

(41) Sallé de la Marnière, *La déchéance comme mode d'exinction d'un droit* (Essai de terminologie juridique), R.T.D.C. 1933, p. 1037, n° 20, p. 1077 ; Req. 25 novembre 1946, D. 1948.321, note G. Holleaux ; Paris, 2 décembre 1964, D. 1965.162, note Madray.

santes, l'enfant menacé de désaveu, l'acheteur d'immeuble dans l'action en rescision pour lésion, etc. L'impression se confirme quand on constate que les tribunaux, après avoir posé le principe que le délai préfix répugne à toute prolongation, se réservent tout de même comme une souppape de sûreté, en certains cas au moins, mais non dans tous les cas, la possibilité d'un recours à la maxime *contra non valentem agere...*, ce qui met bien en relief, une fois de plus, l'invincible force qui, dans toute cette matière de la prescription extinctive, a poussé la jurisprudence à se ménager un pouvoir d'appréciation, là même où, en apparence, les délais devraient revêtir le caractère le plus rigide » (42).

Un exemple intéressant de la prorogation d'un délai préfix à cause de force majeure nous est fourni par un arrêt de la Cour de cassation sur la recevabilité d'une action en désaveu. L'enfant était né le 21 août 1942, le demandeur a notifié à la défenderesse, par un acte extrajudiciaire du 15 septembre 1942, donc moins d'un mois après la naissance, son intention de désavouer l'enfant. Le demandeur a fait son possible pour que le Conseil de famille soit réuni le 28 septembre à une date lui permettant d'engager l'action dans le délai d'un mois après l'acte du 15 septembre. Certains membres du Conseil de famille ont défailli sans préavis. La Cour a décidé que cette défaillance, soit qu'elle ait été due à l'impossibilité matérielle de se rendre à la convocation, soit qu'elle ait été concertée, a constitué pour le demandeur un cas de force majeure. Le demandeur qui ayant dû subir la remise fixée par le juge au 27 octobre, assigne la mère de l'enfant ainsi que le tuteur nommé le 27 octobre dès le surlendemain, c'est-à-dire au 29 octobre, est recevable dans l'action en désaveu.

354. — On a dit parfois que le fondement de la forclusion est la négligence du titulaire du droit d'action (43). Mais la négligence n'est pas la seule explication, puisqu'il s'agit aussi de protéger la personne contre laquelle l'action est ouverte. Le mécanisme de la forclusion est si complexe qu'on ne puisse le réduire à la seule idée de négligence. La meilleure preuve en est que le plaideur, dont la négligence est évidente et prouvée, peut intenter l'action dans le délai imparti par la loi. « Si disposée qu'elle soit à s'affranchir du légalisme de 1804, la Cour de cassation n'admet pas qu'un créancier puisse être déclaré forclos, pour des raisons d'équité, avant l'expiration du délai légal, ce qui reviendrait à lui appliquer une sorte de prescription de fait.

355. — Selon le droit allemand, ceux qui se sont abstenus pendant longtemps d'exercer leurs droits, et ont ainsi fait naître la conviction

(42) Carbonnier, R.T.D.C. 1952, pp. 178-179.

(43) Sallé, R.T.D.C. 1933, p. 1046 : « il se retrouve partout un même caractère pénal de la déchéance : c'est toujours une faute du titulaire d'un droit qu'il y a lieu de réprimer, et c'est toujours en la perte d'un droit que consiste cette sanction. »

qu'ils ne l'exercaient plus, peuvent, s'ils s'avisent de réclamer, se voir opposer une déchéance, bien que la prescription ne soit pas encore légalement accomplie, parce que leur attitude contradictoire blesse la bonne foi » (44). Le droit français n'admet pas une théorie d'application générale comparable à la théorie anglaise de « laches » (45) et le juge français se voit privé, en principe, d'un pouvoir souverain pour apprécier les comportements respectifs du demandeur et du défenseur. Nous disons « en principe », car les juges ne manquent pas de recourir à certains expédients pour arriver à exercer un pouvoir discrétionnaire qu'un texte légal n'aurait pas permis. Dans la décision citée, la Cour de cassation a fait expressément recours à l'idée de force majeure. L'analyse des faits de l'affaire nous donne à penser que ce que la Cour a pris en considération, c'était le fait que le demandeur s'était montré particulièrement énergique pour préserver son droit. La Cour a décidé qu'un tel demandeur est digne de protection.

356. — Le pouvoir discrétionnaire qu'exercent les juges en matière de délais préfix montre bien que ce n'est pas la « fixité » qui est le seul signe du caractère procédural, l'idée sous-jacente à tous les délais préfix étant que l'intéressé ne doit pas laisser s'écouler un certain temps avant de faire valoir son droit en justice (46). Même un délai non préfix peut être considéré comme un moyen strictement procédural. L'exemple typique en est la disposition de l'article 1648 C. civ. : « l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite ». Dans l'application de cette disposition, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation. Un acheteur a intenté une action rédhibitoire vingt mois après la vente. Pendant cette période, il n'a pas manqué de protester, de réclamer afin d'arriver à un accommodement avec le vendeur. Il a été décidé que l'acheteur n'était pas déchu de son droit d'action (47). Dans une autre affaire, le vendeur a avancé un argument ingénieux : puisqu'il était intransigeant, l'acheteur devait intenter l'action immédiatement. Il a été décidé que l'action est recevable puisqu'on ne peut pas reprocher à l'acheteur d'avoir tout fait pour tenter de régler l'affaire à l'amiable (48). La raison pour laquelle l'article 1648 C. civ. n'impartit pas à l'acheteur un délai fixé, est qu'il

(44) CARBONNIER, *Dr. civ.*, T. II, n° 223, pp. 786-787.

(45) *Supra*, n° 94.

(46) Voy. Soc., 10 novembre 1964, Gaz. Pal., 1965.I.35 : Le délai d'un mois imparti par le décret du 11 janvier 1956 relatif à la procédure à suivre en cas de dépossession de titres au porteur, n'est pas prescrit à peine de déchéance pour l'opposant. Celui-ci peut, en raison des dispositions de l'article 30 du même texte, formuler sa demande en revendication au jour fixé pour la comparution devant le juge du tribunal d'instance. Cette décision favorise l'opposant dépossédé.

(47) Civ. 10 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956.2.128.

(48) Com., 3 octobre 1956, Gaz. Pal., 1956.2.323. Voy. dans le même sens : Pau, 12 juillet 1956, Gaz. Pal., 1956.2.189.

est des vices rédhibitoires qui se révèlent plus ou moins tôt après la vente. Mais comme l'a fait remarquer M. Carbonnier, un glissement a eu lieu de l'objet aux sujets. Et aujourd'hui, c'est à porter un jugement moral sur la conduite respective de l'acheteur et du vendeur après la conclusion de l'affaire que sert principalement le pouvoir d'appréciation des tribunaux (49). Ainsi, il a été décidé qu'est irrecevable l'action intentée plus de trois ans après qu'un premier rapport d'expertise ait constaté le défaut invoqué (50).

### § 6. — La maxime : « Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum. »

357. — Un autre aspect du rigorisme procédural est l'inapplication de la maxime *quae temporalia* aux délais préfix. « La prescription ne s'applique, de sa nature, qu'aux actions et non aux exceptions. Ces dernières sont, en général, imprescriptibles, en ce sens qu'elles durent aussi longtemps que les actions qu'elles ont pour objet de repousser, et l'on peut toujours les repousser utilement, à quelque époque que ces actions soient introduites » (51). La raison pour laquelle c'est l'action qui est éteinte et non l'exception, est que « tant qu'un individu est en possession paisible, il est excusable de ne pas prendre l'offensive contre d'hypothétiques menaces » (52). L'exemple typique de l'application de la maxime *quae temporalia* est l'action en nullité (art. 1304 C. civ.). Mais le laps de temps produit un effet plus catégorique s'il s'agit d'un délai préfix, il éteint l'action et l'exception à la fois. Par exemple, il a été jugé que le délai de l'action en rescision pour lésion est un délai préfix et que, par conséquent, la maxime *quae temporalia* n'est pas applicable (53).

358. — Encore une fois, il est difficile de trouver un critère logique pour délimiter la sphère d'application de la maxime *quae temporalia*. M. Carbonnier (54) a très justement souligné que la raison pour l'application de la maxime vaudrait tout autant pour l'action en rescision et l'article 1676, que pour l'action en nullité et

(49) Obs. Carbonnier, R.T.D.C. 1957, p. 141.

(50) Civ. 19 octobre 1964, D. 1965.161. Dans le même sens : Trib. Gr. Inst. Montbrison, 24 juin 1964, Gaz. Pal., 1965.I.25 : Le demandeur acheta un cheval de course le 9 juillet 1962. Un mois après la livraison, il constata que le cheval avait un vice et ne trottait pas correctement. Le 9 juillet 1963, il sollicita en référé la nomination d'un expert. Le 4 janvier 1964, il assigna au fond le vendeur. Il a été décidé que son action est irrecevable « faute d'avoir été introduite dans un délai normal, mais court ». Le tribunal a eu le soin de souligner que c'est l'action elle-même qui doit être intentée dans un bref délai. Par conséquent, une procédure de référé à fin de nomination d'expert est sans portée.

(51) Aubry et Rau, T. XII, n° 771, p. 434.

(52) Obs. Carbonnier, R.T.D.C. 1950, p. 514.

(53) Civ. 29 mars 1950, Gaz. Pal., 1950.2.106, Obs. Carbonnier, R.T.D.C. 1950, p. 514.

(54) Obs. Carbonnier, Rtdc. 1950, p. 515.

l'article 1304... « En droit, il n'est pas très concluant de dire que le délai de l'action en rescision répugne à cette sorte d'allongement, comme aux autres, parce qu'il est un délai préfix. Tout ce que l'on peut assurer, c'est que le Code civil a recueilli sans enthousiasme la rescision pour lésion, et que la jurisprudence peut prétendre se conformer à ses vues politiques en resserrant l'institution dans ses bornes étroites ».

### § 7. — L'importance de la distinction entre les délais préfix et les délais de prescription.

359. — Nous avons jusqu'ici étudié deux aspects qui, s'ils sont réunis dans un délai, le revêtent d'un caractère strictement procédural. Ces deux aspects sont, rappelons-le, la rigidité dans le mode du calcul du délai, et l'extinction tant de l'action que de l'exception par le laps de temps. On est tenté de dire que ces deux traits sont propres aux délais préfix. Mais il vaudrait mieux ne pas généraliser. D'une part, il est significatif que (55) « pour un délai qui est unanimement qualifié de délai préfix, celui de l'action en désaveu, l'article 317 C. civ. renferme justement une consécration remarquable de la règle *quae temporalia* » (56).

D'autre part, il y a des prescriptions authentiques pour lesquelles la suspension pour minorité ou interdiction est exclue. (Art. 2278 C. civ.) (57).

360. — A la lumière de ces remarques, il paraît très difficile de trouver un critère de distinction entre les délais de prescription et les délais préfix. Le point important pour nous est l'existence de certains traits qui donnent aux délais un caractère plus ou moins procédural.

361. — Il va sans dire que la variété des régimes juridiques des délais est une conséquence inévitable de la variété des institutions du fond elles-mêmes. Il est intéressant de rechercher quelles sont les raisons qui imposent (ou justifient) le choix d'un régime procédural particulièrement strict.

362. — M. Voirin (58) a proposé une explication ingénieuse. En certains cas, « le délai est établi, a-t-il écrit, en haine du droit qu'il concerne. Certes, le législateur a admis ce droit, mais il ne l'a admis qu'à regret. Parce que ce droit toléré constitue une véritable anoma-

(55) *Ibid.*

(56) Les héritiers du mari peuvent exercer l'action qui appartenait à celui-ci dans un délai de deux mois à compter de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

(57) *Ibid.*

(58) Note, D. 1934.2.33, spécialement p. 35.

lie, le législateur l'a cantonné dans un délai qui conditionne à la fois sa naissance et sa mort ». Le législateur établit un délai particulièrement strict en vue de réaliser deux buts :

1° Faire avorter le droit d'action s'il ne naît pas pendant le délai; M. Voirin a cité deux exemples :

*a*) Le droit du propriétaire du meuble perdu ou volé d'exercer l'action en revendication contre un possesseur de bonne foi est éteint par le laps de trois ans à compter de la perte ou du vol. Le droit de revendiquer ne naîtra jamais si la chose ne tombe entre les mains d'un possesseur de bonne foi qu'après l'expiration du délai (art. 2279 C. civ.).

*b*) En matière de tutelle, le délai de dix ans de l'article 475 C. civ. est appliqué à la nullité des traités passés entre l'ancien tuteur et son ancien pupille en contravention aux règles de l'article 472 C. civ. « L'action en nullité ne peut naître avant la conclusion du traité; or, celle-ci se place à une époque postérieure à la majorité de l'ex-pupille, et c'est cette majorité qui fait courir le délai de dix ans. Si donc le traité annulable est conclu après l'expiration de ce délai, l'action en nullité ne naîtra pas ».

2° Eteindre le droit d'action dans un délai variable s'il est né dans le délai.

*a*) Le droit de revendiquer accordé au propriétaire du meuble s'éteindra par le délai variable qui restera à courir entre la perte ou le vol et la rentrée en possession par un sous-acquéreur de bonne foi.

*b*) L'action de l'ex-pupille contre un ex-tuteur s'éteindra par le délai variable qui restera à courir entre la majorité de l'ex-pupille et la conclusion du traité.

De cette analyse, M. Voirin (59) a tiré la conclusion que « tous les délais qui s'analysent ainsi en une tentative d'avortement d'un droit, procèdent d'une idée qui leur est commune; ces délais sont tous dirigés contre des droits exceptionnels, sinon anormaux. Les droits menacés, non seulement dans leur durée mais jusque dans leur existence, sont de ceux que le législateur n'a admis qu'à regret. Le délai est ici établi pour raréfier ces droits. Si la limitation à laquelle ils sont soumis est exorbitante du droit commun, cela tient à ce qu'ils sont eux-mêmes exorbitants du droit commun ».

363. — M. Carbonnier (60) a accepté l'explication proposée par M. Voirin comme un critère valable pour distinguer entre les délais préfix et les délais de prescription : « Les délais préfix, a-t-il écrit, se rapportent à des actions que le législateur n'a ouvertes qu'à titre exceptionnel et comme à regret (telle l'action en déclaration de paternité naturelle, exceptionnelle d'après l'article 340, ou bien encore l'action en révocation pour cause d'ingratitude, laquelle met en mou-

(59) *Ibid.*
(60) Carbonnier, obs. Rtdc. 1950, p. 515.

vement une peine privée), tandis que ce sont les droits bienvenus et pleinement épanouis qui se prescrivent. La prescription est faite pour des droits naturels, le délai préfix pour les « *jura singularia* ».

364. — En somme, on peut dire qu'il y a certains délais qui se distinguent par un régime procédural particulièrement strict. La rigidité ne vient pas nécessairement de la fixité de la durée. Elle peut résulter simplement de l'existence d'agir immédiatement. Les raisons qui militent pour le choix d'un régime strict sont diverses, comme nous l'avons vu. Mais malgré cette diversité, on peut généraliser et dire que dans toutes les hypothèses où intervient la sanction de forclusion, il s'agit d'un contentieux qu'il importe de liquider le plus tôt possible.

## Section II

## LES DELAIS STRICTEMENT PROCEDURAUX ET LES DELAIS DE PROCEDURE

### Sous-Section I

### LE CRITERE DES DELAIS DE PROCEDURE

365. — Les délais qui ont un caractère procédural doivent être distingués des délais de procédure. Les premiers sont prévus pour aménager l'exercice du droit d'action, les derniers pour ordonner la marche de l'instance. L'objet des délais strictement procéduraux, comme d'ailleurs l'objet des délais de prescription tout court, est le droit d'action. Le régime des délais préfix et des délais de prescription reflète, d'une manière tangible, des considérations puisées aux droits substantiels. L'objet des délais de procédure est l'instance elle-même ou plus précisément, les actes de procédure. Ce sont, par conséquent, des considérations concernant la marche de l'instance qui déterminent le régime juridique des délais de procédure. Ainsi, les délais de procédure n'affectent les droits substantiels que d'une manière indirecte, à travers l'instance. Nous estimons que le critère valable pour distinguer entre les délais de prescription et les délais préfix d'une part, et les délais de procédure d'autre part, est celui qui tient à l'objet du délai. L'objet du premier groupe est le droit d'action et du second l'acte de procédure. Mais il ne faut pas oublier que « les uns et les autres s'inspirent d'une même idée, à savoir la prise en considération des effets du temps » (61).

(61) Solus et Perrot, *Dr. jud. pr.*, T. I, n° 428, p. 394.

366. — Cette analyse nous montre le bien-fondé de la classification des délais en trois catégories : délais de prescription, délais de forclusion et délais de procédure. Si, pour une raison ou pour une autre, on préfère adopter une classification dualiste, mieux vaut regrouper les délais de prescription et les délais de forclusion dans une seule catégorie. Le caractère strictement procédural des délais de forclusion n'empêche pas qu'ils aient la même nature que les délais de prescription et qu'ils diffèrent des délais de procédure. La catégorie des délais de procédure a une autonomie marquée et cette autonomie est loin d'être artificielle, puisqu'elle est basée, en fin de compte, sur l'autonomie des actes de procédure par rapport aux actions et droits substantiels. La liaison étroite entre les actes de procédure et les délais de procédure ne signifie pas nécessairement que le point de départ d'un délai de procédure doit être un acte de procédure. Le délai de deux mois pour exercer la requête civile nous offre un exemple intéressant. En règle générale, le point de départ de ce délai est un acte procédural : la signification du jugement attaqué (art. 483 C. proc. civ.). Mais lorsque les ouvertures de requête civile seront le faux, le dol ou la découverte des pièces nouvelles, les délais ne courront que du jour où soit le faux, soit le dol, auront été reconnus ou les pièces découvertes (art. 488 C. proc. civ). Dans le cas de l'article 483 et l'article 488, le délai de dix mois a invariablement le caractère d'un délai de procédure. La raison en est que, dans l'hypothèse des articles 483 et 488, le but du délai reste toujours le même : ordonner la marche procédurale de l'instance vers une solution définitive (62).

367. — Pour les délais de procédure, comme pour les délais de prescription et les délais de forclusion, le législateur a adopté une politique empirique et il est difficile de trouver des solutions claires et tranchées. Le trait commun à tous les délais de procédure est qu'ils sont soumis à un régime procédural strict et, de ce point de vue, ils se rapprochent des délais de forclusion.

368. — S'il est incontestable que l'inobservation d'un délai de prescription ou d'un délai de forclusion est sanctionnée par une fin de non-recevoir, il est difficile de déterminer quels sont les délais de procédure dont l'inobservation entraîne une déchéance. La majorité des auteurs pense qu'il faut prendre en considération l'importance et la nature du délai. Les délais dans lesquels il faut accomplir l'acte sont sanctionnés par une déchéance si leur but est de stimuler le zèle du plaideur (par ex. : les délais des voies de recours), mais non si leur but est de donner une sorte de trêve à l'adversaire pour préparer sa défense (par ex. : les délais d'ajournement) (63). D'autre

(62) Cf. VASSEUR, *op. cit.*, n° 17, pp. 455-456 ; Carbonnier, R.T.D.C. 1952, p. 177, a écrit que les délais de procédure, « ce sont des délais fixés pour l'exercice d'un acte procédural et qui se calculent à partir d'un autre acte de procédure ».

(63) Vizioz, obs. R.T.D.C. 1946, p. 49 ; SOLUS et PERROT, *Dr. jud. pr.*, T. I, n° 461, p. 421.

part, les délais qui doivent précéder la comparution en justice ou l'accomplissement d'un acte, ne sont pas, par hypothèse, des délais « fixés » et, par conséquent, ne sont pas sanctionnés par une déchéance (64).

### Sous-Section II

### LE REGIME JURIDIQUE DES DELAIS DE PROCEDURE

369. — C'est un régime strict. Les signes de cette rigidité sont les mêmes que pour les délais de forclusion.

370. — Les délais de procédure sont eux aussi des délais « *préfix* » dans le sens qu'ils ne sont en principe susceptibles ni d'interruption ni de suspension (65). Mais cette règle n'est pas absolue. En certains cas, le délai de procédure est prorogé (66). De plus, le juge a le pouvoir de relever les plaideurs des rigueurs des délais s'il y a une force majeure ou un cas fortuit (67). L'effet du laps de temps est particulièrement catégorique, le droit procédural déchu est éteint pour toujours et l'application de l'adage « *Quae temporata ad agendum perpetua sunt ad excepiendum* » est écartée (68).

### Section III

### LES CARACTERES COMMUNS AUX FINS DE NON-RECEVOIR TIREES DU LAPS DE TEMPS

371. — Nous avons vu que le moyen tiré du laps de temps est une fin de non-recevoir. C'est seulement dans des cas exceptionnels que le laps de temps éteint le droit substantiel de telle sorte qu'il donne lieu à une défense au fond proprement dite (69). On peut être facilement tenté de considérer que la prescription est une défense au fond et la forclusion est une fin de non-recevoir (70). Mais nous avons vu que le particularime de la forclusion résulte de son rigorisme procédural et qu'elle a la même nature que la prescription. En

(64) Vizioz, obs. R.T.D.C. 1946, p. 49.

(65) Solus et Perrot, *Dr. jud. pr.*, T. I, n° 428, p. 394 ; Vasseur, R.T.D.C. 1950, p. 457, n° 19.

(66) Solus et Perrot, *op.* et *loc. cit.* ; Vasseur, R.T.D.C. 1950, p. 464.

(67) Solus et Perrot, *op. cit.*, n° 462, pp. 422-423.

(68) Bastia, 12 juin 1950, J.C.P. 1950.IV, éd. avoués 1470, obs. Madray ; Hébraud, obs. R.T.D.C. 1950, p. 537.

(69) *Supra*, n° 345.

(70) Cf. Vasseur, Rtdc. 1950, pp. 451-454, n°s 13 et 14.

effet, l'objet des délais de prescription et des délais préfix est le droit d'action.

372. — Dans le langage des arrêts, on constate une tendance vers l'assimilation de la prescription à une défense au fond (71). Pour la forclusion, les juges ne vont pas aussi loin et se contentent de la qualifier d'une fin de non-recevoir liée au fond (72). Cette distinction est inexacte : mieux vaut donc qualifier de fin de non-recevoir la prescription et la forclusion.

373. — Pour les délais de procédure, il n'y a pas de difficulté. On admet que le moyen tiré du laps d'un délai de procédure est une fin de non-recevoir (73).

374. — L'attitude de la jurisprudence s'explique par le souci de soustraire les prescriptions et les forclusions au régime strict de l'article 192 C. proc. civ. Puisque la prescription est une défense au fond et puisque la forclusion est une fin de non-recevoir liée au fond, il n'y a pas lieu d'imposer au plaideur le devoir de les invoquer *in limine litis* (74). Tout en soulignant que c'est une inexactitude terminologique de considérer la prescription comme une défense au fond, cette jurisprudence doit être approuvée.

375. — La liaison étroite entre la prescription et la forclusion, d'une part, et le fond proprement dit d'autre part, justifie de permettre au plaideur la possibilité de les invoquer en tout état de cause. Cette liaison directe entre le fond et le délai manque au cas d'un délai de procédure. Donc, il ne paraît pas injuste d'imposer au plaideur le devoir d'invoquer *in limine litis* le moyen d'irrecevabilité tiré du laps d'un délai de procédure (75).

376. — Cette différence de régime procédural entre les délais de prescription et les délais de forclusion d'une part, et les délais de procédure d'autre part, est atténuée en pratique par l'idée d'ordre public : si le moyen tiré de l'expiration d'un délai est d'ordre public, il peut être invoqué en tout état de cause, même en appel. Il peut être soulevé d'office par le juge, et les parties ne peuvent renoncer à s'en prévaloir. Si le moyen n'est pas d'ordre public, il ne peut être soulevé d'office par le juge et les parties peuvent valablement renoncer à s'en prévaloir (76).

(71) Vasseur, Rtdc. 1950, p. 448 et s. ; Civ. 1er civ. 5 octobre 1953, Gaz. Pal., 1954.I.5.

(72) Vasseur, Rtdc. 1950, p. 454, n° 15 ; Civ., 10 avril 1865, D. 65.I.229 ; Civ., 9 mars 1931, S. 1931.I.256 ; Req., 25 novembre 1931, Gaz. Pal., 1932.I.188.

(73) Solus et Perrot, *Dr. Jud. pr.*, T. I, n° 428, p. 394.

(74) Civ., 24 avril 1958, J.C.P. 1958.IV, éd. G. 86, Bull. civ., 1958.I, p. 163 ; Civ., 10 juin 1960, Bull. civ., 1960.II, p. 257.

(75) Solus et Perrot, *op.* et *loc. cit.*

(76) Vasseur, Rtdc. 1950, p. 470, n° 29 ; Solus et Perrot, *Dr. jud. pr.*, T. I, n° 959, p. 420 ; Aubry et Rau, T. XII, § 775, p. 471 ; *Adde :* Sallé, R.T.D.C. 1933, p. 1083, n° 22.

## Conclusion du chapitre III.

377. — Le fondement commun à toute sorte de prescription est l'idée qu'il ne faut pas contester en justice certaines situations après l'écoulement d'un délai déterminé. La prescription, ou la forclusion, est un moyen procédural destiné à aménager l'exercice de l'action. Les caractères du moyen sont influencés directement par les institutions du fond elles-mêmes. Tantôt, le laps de temps étouffe le droit substantiel, tantôt il n'étouffe que le pouvoir d'agir en justice. La différence essentielle entre le délai de prescription et le délai de forclusion est que ce dernier a un caractère procédural plus accusé. Son détachement du droit substantiel est, par conséquent, suffisamment clair. L'objet de délai de déchéance est un acte de procédure et son but est d'ordonner la marche procédurale de l'instance vers une solution définitive.

## CHAPITRE IV

# *LA CHOSE JUGEE*

378. — L'intervention juridictionnelle de l'Etat a pour but de résoudre les litiges et d'apporter un élément d'ordre dans les relations juridiques. Le jugement contenant la solution, par hypothèse approuvée par l'ordre juridique pour un cas d'espèce déterminé, dessaisit le juge et le tribunal qui l'a rendu ne peut, en dehors des voies de rétraction prévues par la loi, revenir sur sa décision (1). Mais le jugement peut être erroné et, pour cette raison, il est susceptible des voies de recours ordinaires et extraordinaires pour le réformer ou le rétracter. On dit que le jugement contre lequel on ne peut exercer une voie de recours ordinaire a acquis la *force de la chose jugée.* Le jugement acquiert la qualité *d'inattaquabilité* ou *d'irrévocabilité* quand il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours ordinaire ou extraordinaire. Il ne suffit pas que le jugement apporte une solution, mais encore faut-il que cette solution soit définitive. Sans cela, la valeur des jugements aurait été sérieusement diminuée (2).

379. — L'irrévocabilité assure donc le maintien de la solution judiciaire dans le sens qu'elle met effectivement fin à un enchaînement infini dans l'exercice des voies de recours. Mais l'irrévocabilité n'aurait pas de sens si la valeur du jugement définitif pouvait être compromise par un jugement ultérieur portant sur le même litige. On dit à cet égard que le jugement a *l'autorité de la chose jugée;* « Ce qui est jugé ne peut plus faire l'objet d'une discussion, d'une contestation judiciaire » (3). L'autorité de la chose jugée est basée sur la même idée que la prescription : il est nécessaire de mettre fin aux

(1) Soc., 8 avril 1957, Bull. civ., 1957.IV, p. 318 ; Soc. 26 juin 1959, Bull. civ., 1959.IV, p. 652.

(2) Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 578, Omar, *Précis des jugements et des voies de recours,* dans l'ouvrage de Guimei, *Explication de procédure civile et commerciale,* Le Caire, 1966, pp. 480-481.

(3) J. Foyer. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition,* Thèse, Paris, 1954, p. 183.

discussions judiciaires concernant certains rapports ou situations juridiques. « Le repos des familles et de la société tout entière se fonde non seulement sur ce qui est juste, mais sur ce qui est fini » (4).

380. — La stabilité des rapports sociaux exige le respect des décisions de juge; « s'il devait en être autrement, la majesté de la justice ne serait qu'un vain mot » (5). Le moyen technique pour assurer le respect de l'autorité de la chose jugée est l'exception de la chose jugée (6). Or, quelle est la nature de cette exception, est-elle une exception de procédure, un moyen de défense au fond ou une fin de non-recevoir ? Nous verrons que l'exception de la chose jugée réunit tous les éléments nécessaires pour lui donner la qualification de fin de non-recevoir. Mais avant d'examiner la nature de l'exception de la chose jugée, il convient de déterminer les conditions de son application.

*Section I* : Les conditions de l'exception de la chose jugée.

*Section II* : La nature de l'exception de la chose jugée.

## Section I

## LES CONDITIONS DE L'EXCEPTION DE LA CHOSE JUGEE

381. — La détermination des conditions de l'exception de la chose jugée s'inspire de l'idée centrale qu'il ne faut pas remettre en question ce qui a été réellement et effectivement décidé. A part les considérations concernant la stabilité des relations juridiques, on peut voir dans l'autorité attribuée à la chose jugée une application de la loi de moindre effort. A quoi bon re-décider ce qui a été vraiment jugé ? (7) Paradoxalement, ce problème est peut-être plus difficile à résoudre que la question de fond elle-même.

382. — Se basant sur l'article 1 351 C. civ., la doctrine et la jurisprudence sont d'accord qu'il faut qu'il y ait une identité entre le litige tranché et le nouveau litige. L'identité doit porter sur les trois éléments du litige : l'objet, la cause et les parties. C'est après avoir

(4) Montesquieu, cité par Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 460.
(5) R. Perrot, V° Chose jugée, *in* Encycl. D. proc. civ., n° 3.
(6) E. Casati, V° *Regiudicata civile*, Nuovo Dig. It., T. XI, n° 3, p. 298 : « L'obbligatorietà della cosa giudicata riguarda il giudice dei processi futuri : le parti potranno con la *exceptio rei judicatae* allegare e provare il precedente giudicato per escludere un nuovo giudicato. Alla riproposizione della stessa domanda che formò oggetto del primo giudizio definito con sentenza passata in giudicato, si oppone quest'eccezione che « *facit de albo nigrum et de nigro album* ».
(7) Vizioz, *Etudes*, p. 251 (note sous Req. 1er février 1939, Rec. Penant, 1940, 1-3, article 5942).

analysé la notion du litige qu'on pourrait déterminer les personnes contre lesquelles on peut invoquer l'exception de la chose jugée.

## Sous-Section I

## L'IMPORTANCE DE LA NOTION DU LITIGE POUR L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

383. — Nous avons vu (8) que l'existence d'une contestation ou d'un litige est une condition de recevabilité de l'action. S'il n'y a pas une contestation, l'action est irrecevable. Mais il arrive parfois que le juge intervienne en l'absence d'un litige, et rende une décision gracieuse sur certains points dont il est saisi. Une telle décision n'est pas un acte juridictionnel et n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée (9).

### § 1. — Il faut une décision qui tranche un litige.

#### A. — Tout d'abord, il faut une décision judiciaire.

384. — L'autorité de la chose jugée est attribuée au jugement, indépendamment des vices dont il est entaché (10) et de l'incompétence de la juridiction que a statué (11). Pour qu'il ait l'autorité de la chose jugée, le jugement doit apporter une solution définitive d'une question litigieuse (12). *Les jugements en l'état* n'ont pas l'autorité de la chose jugée puisqu'ils ne tranchent le litige que quant à présent. Si de nouvelles preuves ou de nouveaux faits sont produits, les plaideurs auront la faculté de revenir devant le juge qui aura le pouvoir de modifier son jugement (13).

(8) *Supra*, n° 209.

(9) Perrot, V° Chose jugée, *in* Encycl. D. proc. civ., n°s 20-22 ; *supra*, p. 173.

(10) Perrot, *op. cit.*, n°s 11-13 ; Soc. 28 juin 1957, Bull. civ. 1957.IV, p. 570.

(11) Civ. 13 novembre 1957, Bull. civ. 1957.I, p. 349 ; Soc. 21 juillet 1958, Bull. civ. 1958.IV, p. 729 ; Soc. 12 mars 1959, Bull. civ. 1959.IV, p. 301 ; Soc. 9 octobre 1959, Bull. civ. 1959.IV, p. 772 ; Civ. 27 octobre 1959, Bull. civ., 1959.IV, p. 301 ; Soc. 12 mai 1960, Bull. civ. 1960.IV, p. 380.

(12) Soc. 20 mars 1956, Bull. civ. 1956.IV, p. 217 ; Civ. 23 février 1962, Bull. civ. II, p. 162, Les décisions de justice ne jouissent pas de l'autorité de la chose jugée lorsqu'elles font l'objet d'une voie de recours produisant un effet suspensif : Civ. 23 octobre 1957, Bull. civ. 1957.II, p. 408.

(13) Vizioz, obs. R.T.D.C. 1947, p. 81 ; Soc. 21 février 1957, Bull. civ. 1957.IV, p. 140 : « Dès lors que les juges du fond ont constaté que la décision précédente rendue entre les mêmes parties, n'a statué sur les faits, objet du litige, qu'en l'état où ces faits existaient alors et non sur une situation définitivement acquise, c'est à bon droit qu'ils ont refusé de reconnaître à cette décision l'autorité de la chose jugée » ; Soc. 11 janvier 1958, Bull. civ. 1958.IV, p. 54 : « Si le tribunal paritaire a antérieurement décidé que la propriété était bien entretenue, il peut, sans violer

385. — En règle générale, les *jugements d'avant dire droit* n'ont pas l'autorité de la chose jugée à moins qu'ils ne décident pas, d'une manière définitive, certains points litigieux. Ceci est vrai tant pour les jugements préparatoires (14) que pour les jugements interlocutoires (15).

386. — Le jugement d'avant dire droit qui décide définitivement un point litigieux, est appelé par la doctrine un jugement *mixte* (16). Par exemple, il a été décidé que jouit de l'autorité de la chose jugée le jugement ordonnant une mesure d'instruction afin de fixer le quantum des dommages-intérêts dûs par des bailleurs à raison de l'inexécution des obligations dérivant d'un bail à ferme par eux consenti. Ce jugement s'oppose à la recevabilité de la demande d'expertise et d'enquête formulée par les bailleurs, lesquels invoquent la démence pour contester la validité du bail (17). Dans le même sens, il a été décidé qu'est un jugement définitif, ayant l'autorité de la chose jugée, le jugement qui consacre le principe de l'action en dommages-intérêts du preneur évincé par une reprise injustifiée. Le tribunal paritaire appelé à statuer, après expertise, sur le montant des dommages-intérêts dus au preneur, ne saurait débouter ce dernier en accueillant un moyen de défense présenté par le bailleur (18).

### B. — Il faut que le jugement tranche un véritable litige entre les parties.

387. — En l'absence d'un litige qui oppose les deux parties, l'intervention juridictionnelle du juge n'est pas justifiée et la décision qu'il rend est démunie de l'autorité de la chose jugée. Si ce principe est théoriquement exact, son application dans la pratique se heurte à plusieurs difficultés.

388. — Il peut arriver que deux plaideurs, sans qu'aucun litige ne s'élève entre eux, préfèrent recourir à la justice pour faire constater judiciairement un accord qu'ils ont passé. Il est clair qu'ils ont tout intérêt à cet expédient. Leur convention sera authentifiée, et toute contestation dans l'avenir sera évitée. Face à une situation

la chose jugée, en décider autrement l'année suivante au vu d'un nouveau rapport d'expertise, les éléments de fait du débat pouvant se modifier d'une année à l'autre. »

(14) Perrot, *op. cit.*, n° 58 ; Soc. 14 décembre 1960, Bull. civ., 1960.IV, p. 914 ; Com. 26 mai 1961, Bull. civ. 1961.III, p. 205.

(15) Civ. 20 juillet 1955, Bull. civ., 1955.I, p. 264 ; Civ. 7 janvier 1956, Bull. civ. 1956.II, p. 10 ; Soc. 15 février 1957, Bull. civ. 1957.IV, p. 125 ; Civ., 13 mars 1958, Bull. civ., 1958.II, p. 126 ; Soc., 17 octobre 1958, Bull. civ., 1958.IV, p. 796 ; Civ. 27 novembre 1958, Bull. civ., 1958.II, p. 516 ; Civ., 27 octobre 1959, Bull. civ., 1959.I, p. 365 ; Soc., 24 mars 1960, Bull. civ., 1960.IV, p. 243 ; Soc., 26 novembre 1964, Bull. civ., 1964.IV, p. 646.

(16) Perrot, *op. cit.*, n° 67 ; Vizioz, obs. R.T.D.C. 1945, p. 52.

(17) Soc. 13 février 1959, Bull. civ. 1959.IV, p. 183.

(18) Soc. 20 novembre 1958, Bull. civ. 1958.IV, p. 922.

pareille, la jurisprudence a essayé de concilier les principes théoriques avec les besoins de la pratique. D'une part, elle n'a pas refusé aux plaideurs l'avantage de faire constater leur accord par un jugement, mais d'autre part, elle n'a pas attribué au jugement de *donné-acte* tous les caractères d'un acte juridictionnel. La Cour de cassation ne voit dans ce jugement qu'un contrat judiciaire démuni de l'autorité de la chose jugée et, par conséquent, attaquable par l'action principale en nullité (19).

389. — La jurisprudence a franchi un pas de plus pour mieux protéger les intérêts des justiciables : si le jugement fait sien l'accord passé et ne se contente pas d'en donner acte aux parties, c'est-à-dire si le jugement contient des motifs et un dispositif reproduisant et tranchant le litige simulé, il est considéré comme un acte juridictionnel auquel est attribué l'autorité de la chose jugée (20). Le jugement en ce cas est appelé *jugement convenu ou d'expédient* (21).

390. — La distinction par la jurisprudence entre les jugements de donné-acte et les jugements d'expédient est difficile à comprendre et a été à juste raison critiquée par la doctrine (22). La réalité du litige n'est pas nécessaire pour attribuer au jugement l'autorité de la chose jugée. Un litige simulé suffit parce que la simulation est licite dans les cas où elle tend à tourner des prohibitions légales d'ordre public (23). Il n'est pas permis d'obtenir un jugement convenu, par exemple en matière de divorce ou de nullité de mariage (24).

### § 2. — Le litige décidé doit être identique au nouveau litige.

391. — Pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, il faut que la demande jugée et la demande nouvelle soient identiques quant à leur objet, quant à leur cause et enfin quant aux personnes par lesquelles et contre lesquelles elles ont été formulées. L'étendue de la chose jugée peut être dégagée des motifs ou du dispositif du jugement. La doctrine estime que la jurisprudence, dans ses solutions empiriques, s'inspire de l'idée que l'autorité de la chose jugée doit être attachée à ce qui a été réellement décidé.

(19) PERROT, *op. cit.*, n° 33 ; Comm. 1er juin 1960, Bull. civ. 1960, III, p. 197 : L'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux jugements d'homologation de partage qui ne tranchent aucune contestation débattue entre les parties.

(20) Civ., 27 juin 1956, Bull. civ., 1956.I, p. 213 ; Civ., 18 novembre 1957, Bull. civ., 1957.I, p. 354.

(21) SOLUS, *Cours dr. judic. pr.*, p. 693 ; PERROT, *op. cit.*, n° 33 ; CUCHE et VINCENT, *Précis proc. civ.*, n° 75 ; CORNU et FOYER, *Proc. civ.*, p. 106.

(22) SOLUS, *Cours*, p. 695.

(23) SOLUS, *Cours*, pp. 694-695.

(24) MOREL, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 553, pp. 435-436.

### A. — L'identité d'objet.

392. — Il est difficile de définir l'objet de la demande. M. Esmein a écrit que « Aubry et Rau définissaient l'objet de la demande comme la chose corporelle, la quantité de choses de même espèce, ou le droit auquel prétend le demandeur » (25.

Cette définition est inexacte parce qu'elle confond la chose matérielle (l'objet du droit) avec le droit lui-même. Une même chose peut être l'objet de deux droits différents, par exemple : le droit de propriété et le droit d'usufruit. Inversement, un même droit peut avoir des objets différents (il suffit de songer à la variété des choses qui peuvent faire l'objet du droit de propriété) (26).

393. — On peut suggérer de définir l'objet comme la satisfaction obtenue par un plaideur conformément à un principe juridique; par exemple, la réparation d'un dommage, la constatation d'un droit. Un exemple pris dans la jurisprudence de la Cour de cassation éclaire cette définition.

Il y avait une collision entre un vélomoteur et une automobile. L'automobiliste a actionné le motocycliste pour obtenir la réparation du dommage causé à son véhicule. Le tribunal a décidé que l'accident étant dû à la faute exclusive du motocycliste, celui-ci était responsable vis-à-vis de l'automobiliste. Le motocycliste, à son tour, a assigné l'automobiliste pour obtenir la réparation du dommage corporel qu'il a subi. Le tribunal a décidé que l'automobiliste était responsable pour un tiers de ce dommage. Sur la question de savoir si le second jugement constituait une violation de la chose jugée, la Chambre des requêtes a décidé qu'il n'y en avait aucune. L'objet des deux actions n'était pas le même : l'objet de la première était la réparation du dommage causé à l'automobiliste et l'objet de la seconde était la réparation du dommage corporel subi par le motocycliste (27).

Par application du même principe, il a été décidé que le refus en nullité de la vente d'un immeuble ne s'oppose pas à la recevabilité de l'action en rescision pour lésion de plus de 7/12. En effet, il n'existe entre les deux actions aucune identité d'objet. L'une tendait à l'annulation de la vente, tandis que l'autre pouvait laisser subsister celle-ci en cas de versement de prix. De plus, il n'y avait pas entre les deux actions une identité de cause, puisqu'elles reposaient sur des faits juridiques différents (28). De même, il n'y a pas identité d'objet entre deux demandes qui tendent, l'une à faire interpréter un contrat, l'autre à apprécier si ce contrat est atteint d'une nullité radicale (29).

(25) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 356.

(26) Rap. Aubry et Rau, T. XII, § 769, pp. 357-358.

(27) Req., 28 juin 1944, R.T.D.C. 1945, p. 51, obs. Vizioz ; dans le même sens, Civ. 18 juillet 1963, Gaz. Pal., 1964.I.51 ; obs. Hébraud, R.T.D.C. 1964, p. 164.

(28) Civ., 28 avril 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 171 ; Civ., 10 mars 1959, Bull. civ., 1959.I, p. 121.

(29) Civ., 2 juillet 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 284.

Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que l'objet de l'instance en renouvellement du bail est différent de celui concernant l'existence du bail (30), que l'action en résiliation de bail pour retard réitéré dans le paiement des fermages a un objet différent de celui de l'action en validation de congé aux fins de non-renouvellement du bail, fondée sur le même motif (31), que lorsqu'un ouvrier mineur congédié a été débouté d'une première demande tendant à être « réaffecté dans son emploi sous peine d'une indemnité d'un million de francs », il est recevable à former une nouvelle demande en réparation non plus d'un refus de réembauchage, mais de la rupture abusive de son contrat de travail (32).

### B. — L'identité de cause.

394. — Comme la notion d'objet, la notion de cause n'est pas facile à définir. Aubry et Rau définissaient la cause de la demande comme « le fait juridique qui forme le fondement direct et immédiat du droit ou du bénéfice légal que l'une des parties fait valoir par voie d'action ou d'exception » (33). Cette définition est exacte en ce qu'elle souligne l'importance des éléments de fait qui sont à la base de la demande et inexacte en ce qu'elle ne met pas suffisamment en évidence les éléments juridiques de la cause. La cause est avant tout une notion juridique; on ne saurait la comprendre sous son véritable jour sans prendre en considération à la fois et ses éléments de fait et ses éléments de droit (34). La fonction de la cause dans le domaine de l'exception de la chose jugée est de déterminer si deux demandes sont juridiquement identiques ou non. Les éléments de fait sont importants dans la mesure où ils sont susceptibles de colorations juridiques différentes. Tout le problème réside dans la découverte, dans chaque cas d'espèce, des faits et des principes juridiques applicables à ces faits qui donnent à la demande sa physionomie juridique propre (35). Une telle démarche, il faut le souligner, est pleine d'embûches et d'incertitudes. Les arrêts de la jurisprudence reflètent cet état de choses. Il a été jugé que les cinq faits énumérés par l'article 340 C. civ., et qui constituent les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle, constituent bien des causes différen-

(30) Soc., 20 novembre 1958, Bull. civ., 1958.IV, p. 940 ; J.C.P. 1959.II.10983, note De Juglart.

(31) Soc., 14 janvier 1960, Bull. civ., 1960.IV, p. 34.

(32) Soc., 30 janvier 1958, Bull. civ., 1958.IV, p. 117.

(33) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 356. Dans le même sens : H. Motulsky, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, Chr. D. 1964, p. 235, spécialement p. 236.

(34) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 360 : « toute demande et tout jugement ont pour fondement à la fois des faits et des dispositions légales. Ce sont tantôt les uns, tantôt les autres, tantôt les uns et les autres, que dans une espèce on dit être les mêmes ou différentes et que l'on qualifie cause. » Rapp. J.P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice, essai de définition*, Paris 1962, p. 78.

(35) Gilli, *op. cit.*, p. 76 et s.

tes (36), que la demande en réparation basée sur l'article 1384, alinéa 1er, ou l'article 1385 C. civ. a une cause différente de l'action fondée sur l'article 1382 ou l'article 1383 (37) ; que la demande en nullité d'une vente fondée sur la simulation a une cause différente de l'action fondée sur la fraude aux créanciers (38) ; que l'action en résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix a une cause différente de l'action en nullité de la vente pour défaut de prix (39) ; que le rejet d'une exception de prescription trentenaire n'empêche pas l'admission d'une prescription plus courte (40).

Il est à remarquer que l'identité du principe juridique invoqué n'entraîne pas nécessairement une identité de la cause dans les deux demandes successives. Ainsi, dans une espèce intéressante, la victime d'un abus de confiance commis par le préposé d'une banque se voit rejeter sa demande en condamnation de cette banque comme civilement responsable de l'auteur du délit (art. 1384, al. 1er et 5, C. civ.). La victime ne se désarme pas et intente une autre action basée sur les négligences et imprudences qu'avaient commises d'autres préposés et qui auraient permis ou facilité le délit. La Cour de cassation a décidé que l'autorité de la chose jugée attachée au premier jugement n'empêchait pas la recevabilité de la seconde demande, car les deux demandes, bien que reposant sur le même texte de loi, n'avait pas la même cause (41).

395. — Il importe de souligner que c'est la cause qui caractérise la demande. Les moyens et les arguments juridiques n'ont aucune importance à cet égard. « Les raisonnements proposés au juge par le plaideur s'effectuent à l'aide de syllogismes qui font appel à certaines justifications de fait ou de droit : ce sont les *moyens* et au stade inférieur, les simples *arguments*. La victime de l'accident proposera par exemple au juge le raisonnement suivant : « tout dommage fautif doit être réparé par son auteur; or, le défendeur m'a causé par sa faute un dommage; je le prouve par tel ou tel moyen (témoins, procès-verbal de gendarmerie, éléments de justification du préjudice, etc...) ; donc le juge doit me reconnaître un droit à réparation » (42). De cet exemple pratique, il apparaît que la différence entre la cause et le moyen n'est pas une différence de nature, mais une différence de degré. La cause est une notion d'une portée plus étendue que celle de la notion du moyen. La cause est la *causa proxima actionis* et le moyen est la *causa remota* (43).

(36) Civ. 10 mars 1953,I.194, J.C.P. 1953.II.7601, note J. Savatier.
(36) Civ. 10 mars 1953, S. 1953.I.194, J.C.P. 1953.II.7601, note J. Savatier.
(37) Civ., 14 novembre 1934, S. 1935.I.136 ; Civ., 3 janvier 1940, S. 1940.I.19.
(39) Civ., 30 mai 1956, Bull. civ., 1956.I, p. 171.
(38) Req., 27 avril 1927, D.P. 1921.I.141.
(40) Civ., 14 mars 1953, S. 53.I.342.
(41) Civ., 20 novembre 1944, J.C.P. 1945.IV.7 ; obs. Vizioz, R.T.D.C. 1945, p. 51.
(42) Gilli, *op. cit.*, p. 22.
(43) Perrot, V° *Chose jugée*, Encycl. D. proc. civ., n° 169.

### C. — La difficulté de distinguer entre la cause et l'objet, la théorie de la question litigieuse.

396. — Malgré la difficulté de distinguer entre la cause et l'objet, la majorité de la jurisprudence (44) et de la doctrine (45) insistent sur leur utilité pratique, comme deux notions autonomes pour caractériser la demande en justice.

397. — Une partie de la doctrine préfère examiner directement les questions litigieuses résolues effectivement par le jugement sans trop insister sur l'analyse du litige en ses éléments de cause et d'objet. M. Vizioz est le meilleur représentant de cette tendance. Selon lui, l'identité d'objet et de cause suppose, d'après les arrêts, que le même droit soit réclamé sur la même chose. « Mais s'il arrive que le résultat laisse ainsi l'impression d'une certaine confusion, l'idée directrice apparaît très nette : déterminer ce qui, dans chaque cas, a été réellement jugé. C'est, en effet, cela seul qu'on ne doit pas remettre en cause, qui est couverte par l'autorité de la chose jugée » (46). M. Vizioz a défini la question litigieuse comme « toute question relative à l'existence, à la valeur, aux effets d'un rapport juridique, d'une situation juridique, d'un acte ou d'un fait juridique, qui se pose dans un procès parce que le rapport, la situation, l'acte, le fait sont incertains ou contestés. En somme, chaque question litigieuse constitue un petit litige distinct. Tout litige implique au moins une question litigieuse, (question principale) mais généralement en englobe plusieurs. Parmi ces questions litigieuses, les unes concernent le fond, les autres la procédure » (47). Pour savoir ce qui a été réellement décidé, « il est nécessaire de ramener le litige à ses éléments simples, primaires, d'en isoler en quelque sorte les fils, c'est-à-dire de dégager les questions litigieuses... Et chaque fois qu'une question litigieuse aura été définitivement résolue par un jugement, celui-ci aura réglé une partie du litige (48). On peut citer plusieurs arrêts qui font écho de la théorie de la question litigieuse. La Cour de cassation a décidé qu'après un jugement qui a condamné un entrepreneur à réparer des lézardes, c'est à tort que le propriétaire est débouté, sur le fondement de l'autorité de la chose jugée, de sa nouvelle demande à raison de lézardes nouvelles, aux motifs qu'il y avait entre les demandes « identité d'objet, la réparation du vice de construction identique dans les

(44) Voy. par exemple : Civ., 30 mai 1956, Bull. civ., 1956.II, p. 12 ; Civ., 28 avril 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 171.

(45) Aubry et Rau, T. XII, § 769 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 577, p. 450 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 402 et s. ; Gilli, *op. cit.*, pp. 23 et 57 ; O. Piguet, *L'exception de chose jugée spécialement en procédure civile vaudoise*, Thèse, Lausanne (Yverdon), 1956, p. 61 et s.

(46) Vizioz, *Etudes*, p. 252 ; cf. dans le même sens : Glasson, Tissier et Morel, T. III, n° 772, p. 95 ; Obs. Hébraud, R.T.D.C. 1948, p. 500 ; *Adde :* Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse, Bordeaux, 1931, pp. 35-37.

(47) Vizioz, *Etudes*, p. 253.

(48) Vizioz, *Etudes*, p. 253.

deux instances en constituant l'objet, et non les désordres qui peuvent, en fait, être divers dans les actions successives ». La Cour a estimé que, puisqu'il s'agissait de « nouveaux désordres », l'objet de la nouvelle demande était différent de la première (49). Dans une autre affaire, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'une première décision a reconnu à un employé le droit à une classification déterminée, les juges saisis d'une nouvelle demande de rappel de salaires portant sur une période postérieure ne peuvent, bien que l'objet du litige soit à cet égard différent, statuer à nouveau, en sens contraire, sur le principe de cette classification, sans violer l'autorité de la chose jugée (50). La première décision a estimé que « les nouveaux désordres » constituaient un objet différent et, par conséquent, il n'y avait pas lieu d'invoquer l'autorité de la chose. La deuxième décision a estimé que « la période postérieure », tout en constituant un objet différent, ne suffisait pas pour détruire l'exception de la chose jugée. Pour savoir si deux litiges sont identiques ou non, il ne suffit pas de les analyser en leurs éléments de cause et d'objet, mais il faut prendre en considération toutes les questions effectivement décidées, expressément ou implicitement (51).

La théorie des questions litigieuses a le mérite de mettre en évidence l'interdépendance entre les différentes questions soumises et tranchées par le juge et les questions qui devaient être décidées par lui. « Quand la solution donnée à une question litigieuse par le dispositif d'un jugement suppose, comme antécédent logique, la solution d'une question litigieuse, cette dernière solution est implicitement contenue dans la décision et il y a chose jugée implicite » (52). Selon la formule employée par la Cour de cassation : « un jugement jouit de l'autorité de la chose jugée non seulement sur les dispositions qu'il vise expressément, mais aussi en ce qui concerne celles qui en résultent implicitement, mais nécessairement » (53). En principe, c'est le dispositif seul qui a l'autorité de la chose jugée, mais la jurisprudence prend également en considération les motifs du jugement afin de préciser l'étendue de la chose jugée : (54) « quoique l'autorité ne soit conférée qu'au dispositif des décisions, elle s'étend cependant aux motifs qui en sont le soutien et s'y rattachent par un lien de dépen-

(49) Civ., 2 décembre 1957, Bull. civ., 1957.I, p. 375.

(50) Soc., 13 décembre 1957, Bull. civ., 1957.IV, p. 888.

(51) Voy. Com. 12 novembre 1964, Bull. civ., 1964.III, p. 440 ; Com. 16 novembre 1964, Bull. civ., 1964.III, p. 444.

(52) Vizioz, *Etudes*, p. 256.

(53) Civ., 14 janvier 1957, Bull. civ., 1957.I, p. 213 ; dans le même sens : Soc., 14 juin 1956, Bull. civ., 1956.IV, p. 405 ; Soc., 11 décembre 1958, Bull. civ., 1958.IV, p. 1024 ; Soc., 16 juillet 1959, Bull. civ., 1959.IV, p. 744 ; Civ., 27 octobre 1959, Bull. civ., 1959.I, p. 364 ; Civ., 4 avril 1962, Bull. civ., 1962.II, p. 264.

(54) Garsonnet et Cézar-Bru, T. III, n° 703, note 15 ; Glasson, Tissier et Morel, T. III, n° 773 ; Perrot, V° *Chose jugée*, Encycl. D. proc. civ., n°s 79-89 ; Liebman, *Lez. dir. proc. civ.*, T. II, n° 136, p. 140.

dance nécessaire » (55) ; « si, en principe, la chose jugée réside dans le dispositif des jugements ou des arrêts, les motifs de ces décisions peuvent servir à éclairer le sens et la portée de leur dispositif » (56).

### D. — L'identité des parties.

398. — Les personnes qui peuvent invoquer et contre lesquelles peut être invoquée la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, sont celles qui figuraient dans le procès décidé (57).

399. — L'identité des parties n'est pas nécessairement l'identité physique des personnes qui ont figuré dans les deux procès. Ce qui importe, c'est l'identité juridique des parties. En d'autres termes, les parties doivent être juridiquement les mêmes. Ainsi, il a été jugé que la décision rendue dans une instance où le préfet agissait en tant que représentant du département ne fait pas obstacle à la recevabilité d'une demande formée par le préfet en qualité de représentant de l'Etat (58). Il faut souligner que la qualité dans ce domaine n'a pas exactement le même sens qu'elle a en tant que condition de recevabilité de l'action. Car l'autorité de la chose jugée s'étend pour englober les personnes qui n'avaient pas la qualité de partie dans le premier procès. Ainsi, la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée est opposable aux créditeurs du débiteur condamné. D'ailleurs, ils ne peuvent exercer la tierce opposition contre le jugement qu'à la condition de prouver la faute du débiteur (59).

400. — Dans l'identité subjective du litige (l'identité des parties), comme dans son identité objective (l'identité de cause et d'objet), il s'agit de savoir si une question litigieuse a été définitivement résolue. Par exemple, un automobiliste a fait deux victimes dans un accident. Pour se défendre contre l'action intentée contre lui par l'une des victimes, l'automobiliste a appelé en garantie son assureur. Il a été jugé que le risque n'était pas couvert par l'assureur. L'autre victime de l'accident a intenté une action contre l'automobiliste devant un autre

(55) Civ. 13 mars 1958, Bull. civ., 1958.II, p. 126 ; dans le même sens : Civ., 21 mars 1956, Bull. civ., 1956.I, p. 117 ; Civ., 22 mars 1957, Bull. civ., 1957.II, p. 164 ; Soc. 5 mars 1959, Bull. civ., 1959.IV, p. 281.

(56) Soc., 5 mars 1959, Bull. civ., 1959.IV, p. 281 ; dans le même sens : Paris, 4 décembre 1957, Gaz. Pal., 1958.I.143 ; Soc. 27 février 1958, Bull. civ., 1958.IV, p. 227 ; Soc., 30 novembre 1964, Bull. civ., IV, p. 463.

(57) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 335 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 460, voy. par exemple : Civ., 3 novembre 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 374 : une décision définitive a expressément mis hors de cause une partie en la déclarant étrangère aux débats et a reconnu aux autres parties la qualité de copropriétaires indivis d'un immeuble. La Cour de cassation a constaté que les droits de la partie mise hors de cause se trouvent nécessairement réservés. Par conséquent, cette décision ne s'oppose pas à la recevabilité de l'action tendant à déterminer les droits dont la partie mise en cause précédemment est titulaire.

(58) Civ., 8 novembre 1959, Bull. civ., 1959.I, p. 432.

(59) H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, Paris 1958, n° 305, pp. 356-357.

tribunal, et l'automobiliste a appelé également en garantie son assureur. La Cour de cassation a décidé que la question d'existence de l'assurance a été débattue dans les deux instances entre les mêmes parties, à savoir l'assureur et l'assuré (60).

## Sous-Section II

## L'EFFET RELATIF OU ABSOLU DE LA CHOSE JUGEE

### § 1. — L'autorité relative de la chose jugée.

401. — Puisque l'autorité de la chose jugée est limitée à ce qui a été réellement décidé, il est normal qu'elle ne s'étende pas aux personnes qui sont restées étrangères à l'instance. Le principe général est que le jugement ne touche qu'aux intérêts des parties à l'instance : *res inter alios judicata alliis neque nocere neque prodesse potest.* (Art. 1351 C. civ.) (61). On a pensé parfois que la relativité de la chose jugée peut être justifiée par l'idée que le fondement du jugement est un *contrat judiciaire.* Cette idée est aujourd'hui abandonnée : il est difficile d'admettre que le jugement constitue un contrat judiciaire entre les parties à un procès parce que le défendeur qui ne se défend pas est jugé pourtant par défaut (62). L'opinion dominante est que « la relativité de la chose jugée est une conséquence du principe de la neutralité du juge civil, la vérité judiciaire est relative parce qu'elle est essentiellement fonction des moyens de preuve que les parties ont bien voulu soumettre à la connaissance de leur juge. Dès lors, il est permis de penser que la solution du litige eût été différente si un tiers avait apporté des éléments d'information que le magistrat a peut-être ignoré et, par conséquent, il serait anormal de faire supporter les conséquences d'un jugement à ceux qui n'ont pas été en mesure de défendre la légitimité de leur droit » (63). Bref, la relativité de la chose jugée est justifiée, d'une part, par le principe de la neutralité du juge (64) et, d'autre part, par le principe que personne ne peut être condamné sans être entendu (65).

(60) Civ., 11 mars 1947, D. 1947.265, note Besson, J.C.P. 1947.II.3519, note Lerebours-Pigeonnière, S. 1947.I.131.

(61) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 335 ; Perrot, V° Chose jugée *in* Encycl. D. proc. civ., n° 89 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, p. 460 ; obs. Vizioz, *R.T.D.C.* 1940-1941, p. 316 ; Liebman, *Lezioni di diritto processuale civile*, T. II, § 137 ; Civ. 9 janvier 1957, Bull. civ., 1957.II, p. 13 ; Civ., 3 novembre 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 374.

(62) Aubry et Rau, T. XII, § 769, pp. 335-336, note 59 ; *infra*, p. 355.

(63) Perrot, V° Chose jugée, Encycl. D. proc. civ., n° 90 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

(64) Cf. H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : Le respect des droits de la défense en procédure civile*, Mélanges Roubier, 1961, T. II, p. 176, n° 21, p. 190.

(65) Motulsky, *op. cit.*, n° 15, p. 185.

### § 2. — L'autorité absolue de la chose jugée.

402. — Pour certaines catégories de jugements, comme par exemple les jugements en matière de nationalité et les jugements en matière de faillite, l'autorité de la chose jugée est opposable *erga omnes*. La justification de l'autorité absolue de certains jugements peut être trouvée dans deux idées. D'une part, les jugements sur des questions telles que l'interdiction, le divorce et la séparation de corps, concernent des personnes (la personne à interdire, les époux) dont l'intérêt prépondérant rend l'extension de leurs effets à l'égard de tout le monde tout à fait normal.

D'autre part, les jugements sur des questions telles que la nationalité, la faillite et l'état des personnes, seraient démunis de tout intérêt pratique s'ils ne produisaient pas leurs effets *erga omnes* (66). En tout cas, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, les jugements en matière d'état des personnes, opposables à tous, sont susceptibles de tierce opposition de la part des personnes qui auraient eu qualité pour intervenir dans l'instance originaire. La tierce opposition est seule apte à permettre la sauvegarde de leurs droits (67).

## Section II

## LA NATURE DE L'EXCEPTION DE LA CHOSE JUGEE

403. — L'exception de la chose jugée soulève des questions difficiles quant à sa qualification et quant à son régime juridique. L'évolution historique de l'exception de la chose jugée nous montre qu'il s'agit là d'une fin de non-recevoir et non d'une règle de fond ou d'une règle de preuve. De plus, la jurisprudence y voit une règle d'intérêt privé.

(66) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 351, note 125. Cette explication constitue un retour à la théorie du *contradicteur légitime* élaborée par les auteurs à l'Ancien Droit. Merlin a essayé, au XIX^e^ siècle, d'attacher l'autorité absolue aux *jugements constitutifs* et l'autorité relative aux *jugements déclaratifs*. Mais la distinction entre les jugements constitutifs et les jugements déclaratifs est vivement critiquée par la doctrine moderne. « Le prétendu pouvoir créateur du juge, écrit M. Merle, est impropre à servir de fondement à l'autorité *erga omnes*, car les contrats qui ont un effet créateur ont cependant une autorité relative », Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, Thèse, Lille, 1949, n° 54, p. 85.

(67) Civ., 28 mars 1962, D. 1962, D. 1962.489 ; Civ., 20 janvier 1965, Gaz. Pal., 1965, 25-26 mars ; la majorité de la doctrine a préconisé cette solution, voy. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, n^os^ 414-416, pp. 484-487.

## Sous-Section I

## LA CONSOMMATION DE L'ACTION ET L'EMPECHEMENT DE CONTESTER

404. — L'évolution historique de l'exception de la chose jugée est hautement intéressante parce qu'elle nous aide à comprendre la véritable nature de son rôle en droit moderne. Les textes romains sont confus et les romanistes ne sont pas toujours d'accord sur leur interprétation (68). Malgré cela, il n'est pas impossible de dégager les lignes directrices d'une longue évolution qui peut se résumer dans une seule proposition : le passage de la consommation de l'action à la présomption de vérité attachée au jugement.

405. — On sait que dans les systèmes primitifs du droit, le surnaturel et les pouvoirs magiques étaient parmi les éléments déterminants dans la création et la formulation des règles juridiques. Or, cet état d'esprit se traduisit sur le plan pratique par l'importance décisive attribuée aux rites et aux actes sacramentaux. D'où le formalisme exagéré des voies de droit primitives. Le rigorisme formaliste ne signifie pas seulement que l'acte doit être scrupuleusement accompli selon le rituel préétabli, mais aussi que l'acte, une fois accompli, ne peut être refait. Ceci explique pourquoi le droit d'action sous le système des actions de la loi était consommé par la *litis contestatio* (69). Le seul fait d'agir en justice éteignait le droit d'action, même en l'absence d'un jugement sur le fond. Une exception de nature purement procédurale suffisait donc pour détruire à jamais le droit de l'adversaire : *bis de eadem re ne sit actio* (70).

406. — Le principe de la consommation de l'action persistait sous le système formulaire. Le moyen technique pour assurer son respect était l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*. Peu à peu une importance croissante avait été attribuée, non à la *res in judicium deducta*, mais à la *res judicata*. Avec l'atténuation de la rigueur du formalisme des voies de droit sous le système des actions extraordinaires (*cognitio extra ordinem*), l'*exceptio rei judicata vel*

(68) V. H. Jourdan, *La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine, principe et sanction*, Thèse, Grenoble, 1900, pp. 206-231.

(69) Collinet, *Nature de la litis contestatio*, Nouvelle revue historique, 1902, T. XXVI, p. 532 ; Breton, *Des éléments constitutifs de l'autorité de la chose jugée dans le droit romain et dans le droit français*, Thèse, Paris 1863, p. II et s. ; Jourdan, *op. cit.*, p. 39 ; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Paris 1929, p. 1073 ; F. Bonifacio, V° Litiscontestatio, Nssmo, Dig. It., T. IX, p. 972 et s., spécialement p. 974 ; O. Piguet, *L'exception de chose jugée*, Thèse, Lausanne 1956, p. 16.

(70) Gaius, IV, p. 108.

*in judicium deducta* céda la place à l'*exceptio rei judicatae* (71). Désormais, c'est jugement, et non plus la consommation de l'action, qui rend inefficace l'introduction d'une nouvelle instance. Il faut accepter ce qui a été jugé comme étant la vérité même : *res judicata pro veritate accipitur* (72).

## Sous-Section II

## L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE N'EST PAS UNE PRESOMPTION LEGALE DE VERITE

407. — Les auteurs de l'Ancien Droit ont vu dans l'adage romain *res judicata pro veritate accipitur* une présomption irréfragable de vérité. Ce n'était pas là le sens de l'adage chez les romains, parce que la notion des présomptions irréfragables *juris et de jure* était née seulement chez les glossateurs (73). Pothier dit expressément qu'une présomption *juris* et *de jure* naît de l'autorité de la chose jugée (74), mais d'autre part, il considère l'exception de la chose jugée comme une fin de non-recevoir au même titre que la prescription (75).

Le Code civil a été influencé par les idées de Pothier. Aux termes de l'article 1350 C. civ., « la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont... 3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée ». L'article 1352 alinéa 2 dit que « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou *dénie l'action en justice*, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires ».

Une grand partie de la doctrine continue sous l'influence des idées de Pothier et des rédacteurs du Code civil, de regarder l'autorité attachée à la chose jugée comme une présomption de vérité irréfragable. Mais la majorité de la doctrine moderne ne croit plus que la règle de l'article 1 351 C. civ. est une règle de preuve (76).

(71) D. 44, 2, 6 : Bonifacio, *op. cit.*, p. 975 ; J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Thèse, Paris 1954, p. 30 ; P. Thomas, *Evolution de la théorie de la chose jugée ou la coexistence des deux exceptions rei in judicium deductae et rei judicatae*, Thèse, Toulouse, 1898, p. 195 et s. ; Jourdan, *op. cit.*, pp. 239-241.

(72) D. 50.17.207.

(73) Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, Thèse, Lille 1949, n° 49, p. 112.

(74) Pothier, *Obligations*, n°s 842-851-910.

(75) Pothier, *op. cit.*, n°s 676-677.

(76) Voy. les auteurs cités par Decottignies, *op. cit.*, n° 49, p. 113, note 9 ; Marty et Raynaud, *Dr. civ.*, T. I, n° 193, p. 314.

408. — La théorie de la présomption légale est le résultat regrettable d'un glissement inconscient dans le raisonnement juridique. Partant de l'idée que la sentence du juge représente en toute vraisemblance la réalité de la question décidée, on est amené à considérer que le jugement est un moyen pour prouver (*factum probans*) la question qu'il décide (*factum probandum*). Mais c'est là un raisonnement inexact. Plusieurs raisons militent contre l'acceptation de la théorie de la présomption légale.

1° Comme l'a souligné M. Decottignies, la présomption de vérité attachée à la chose jugée « ne manque pas d'être fort curieuse lorsqu'un même litige a reçu des solutions différentes en première instance, en appel et en cassation, ce qui ne fait pas moins de deux solutions sur le point de fait, et peut-être trois sur le point de droit » (77).

2° Le régime juridique de l'exception de la chose jugée se concilie mal avec celui des présomptions légales. On sait que le serment et l'aveu sont admissibles contre une présomption irréfragable, mais ils ne le sont pas contre l'exception de la chose jugée (78).

3° L'autorité de la chose jugée apparaît comme un empêchement à l'examen du fond, et pour cette raison, elle mérite la qualification de fin de non-recevoir (79). Il est vrai que la présomption irréfragable a pour conséquence pratique l'empêchement de prouver la question litigieuse, mais l'empêchement de prouver n'est pas tout à fait un simple empêchement d'examiner le fond. La différence entre les deux notions est subtile, mais elle existe. L'autorité de la chose jugée est une institution procédurale, elle a pour conséquence d'éteindre le droit d'action du plaideur. La présomption irréfragable n'éteint pas le droit d'action, elle modifie le droit substantiel lui-même. De plus, la notion de présomption irréfragable (la notion de moyen de preuve en général) s'applique dans une sphère plus large que celle de l'action, puisqu'elle peut avoir pour objet la preuve d'un acte ou d'un fait en dehors de toute action en justice. D'autre part, si l'action est effectivement intentée, la question de sa recevabilité précède normalement de celle de l'admissibilité de la preuve (80).

Bref, on peut dire que l'exception de la chose jugée s'analyse en une fin de non-recevoir, la présomption de vérité apparaît seulement comme un simple motif de la règle qui interdit le renouvellement d'un litige déjà décidé (81).

(77) DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n° 49, p. 113.

(78) Perrot, V° Chose jugée, Encycl. D. proc. civ., n° 3 ; DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n° 51, p. 131.

(79) Voy. Civ., 18 décembre 1962, Bull. civ. I, 1962, p. 466 : l'examen par le juge du fait de l'exception de la chose jugée est préalable.

(80) DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n° 48, p. 108.

(81) DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n° 48, p. 110 ; Perrot, V° Chose jugée, Encycl. D. proc. civ., n° 3 : « Mais, loin de rendre compte des solutions admises par le droit positif, cette présomption d'exactitude s'absorbe simplement dans la volonté du législateur, ou pour employer le langage de M. Gény, elle y figure uniquement

409. — Or, quelles sont les conséquences pratiques qui s'attachent à la qualification de fin de non-recevoir ?

Il y a tout lieu de penser que la distinction entre la théorie de fin de non-recevoir et la théorie de présomption irréfragable n'a qu'un intérêt assez limité (82). A part les considérations ci-dessus étudiées, il est légitime de penser que c'est la théorie de fin de non-recevoir qui rend parfaitement compte des solutions du droit positif quant à l'étendue de la chose jugée : l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été réellement décidé (83) et elle se limite au dispositif et aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire (84). Si on adoptait la théorie de présomption de vérité, l'autorité de la chose jugée serait attachée à toutes les questions soulevées devant le juge et la force probante du jugement serait attachée aux motifs et au dispositif (85).

### Sous-Section III

## LA RELATION ENTRE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE ET LES DROITS SUBSTANTIELS

410. — Selon une partie de la doctrine, l'autorité de la chose jugée aurait pour fondement un contrat ou un quasi-contrat judiciaire passé entre les parties pour accepter le jugement. Mais il est difficile de prétendre que les parties acceptent de se soumettre d'avance à la sentence du juge (86).

411 — Il est hors de doute que l'autorité reconnue à la chose jugée apporte un élément nouveau à l'ordonnancement juridique. Mais il semble que cette constatation n'a pas été pleinement appréciée par les partisans de la théorie classique selon laquelle on distingue entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs. Les premiers comme par exemple, les jugements qui constatent l'existence d'un droit (les jugements déclaratoires proprement dit) (87) ou qui tranchent un litige concernant l'existence ou l'exercice d'un droit, se limitent à déclarer ou à renforcer un droit déjà existant et, par conséquent, ne créent pas des droits nouveaux ou des situations juridiques nouvelles. Les seconds, comme par exemple les jugements de divorce ou de séparation de corps, produisent des effets beaucoup plus radicaux en ce qu'ils créent des situations juridiques nouvelles qui n'exis-

à titre de justification parmi les éléments intellectuels et constructifs qui l'ont déterminée. »

(82) Decottignies, *op. cit.*, n° 49, p. 114.
(83) *Supra*, n° 391.
(84) *Supra*, n° 399.
(85) Rap. Decottignies, *op. cit.*, n° 49, p. 114.
(86) Cf. Piguet, *op. cit.*, p. 15 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 577, p. 450.
(87) V. *supra*, n° 237.

taient pas avant le jugement (88). Si on suit la logique de cette distinction, on serait amené à considérer que ce sont seulement les jugements constitutifs qui produisent des effets de nature substantielle.

Quant aux jugements déclaratifs, leurs effets sont strictement cantonnés dans le domaine de la procédure. A la lumière de cette analyse, on pourrait dire que le moyen tiré de l'autorité d'un jugement constitutif est un moyen de fond et que le moyen tiré de l'autorité d'un jugement déclaratif est un moyen de procédure (89).

Mais la doctrine moderne a montré que la classification des jugements en constitutifs et déclaratifs ne correspond pas aux réalités du droit positif. « Aucun jugement, écrit M. Merle, ne correspond tout à fait à la définition classique du jugement déclaratif ou du jugement constitutif. Tout jugement constitutif serait pour partie déclaratif » (90).

Une analyse serrée des effets des jugements montre que « tout jugement se prononce explicitement ou implicitement sur l'existence ou l'inexistence d'un droit au profit de la partie demanderesse ou requérante. On peut dès lors affirmer qu'il n'est jamais constitutif d'un droit substantiel. Mais, d'autre part, le jugement permet à ces droits préexistants, mais à des degrés divers inefficaces, de s'exercer désormais complètement et librement. A ce titre, le jugement joue un rôle considérable et exerce une action très réelle sur le droit ou la situation juridique préexistante en lui apportant ce qui précisément lui manquait dans le passé pour avoir une efficacité complète. Les effets des jugements sont donc complexes : à la fois négatifs sur la création du droit, et positifs sur l'efficacité du droit » (91).

Si on n'accepte pas comme valable la distinction entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs et si on considère que le caractère essentiel dans tous les jugements c'est leur caractère déclaratif, on peut conclure que le moyen tiré de la chose jugée est avant tout un moyen procédural.

412. — L'autorité de la chose jugée, malgré son aspect procédural, est étroitement liée au fond. Non seulement, elle apparaît comme un procédé efficace pour préciser et réaliser les règles du droit subs-

(88) MERLE, *L'acte déclaratif*, n°s 43 et s., p. 65 et s.

(89) Très proche de ces idées est la doctrine allemande qui a élaboré deux théories principales en matière de la chose jugée, la *théorie substantielle*, selon laquelle le jugement modifie les rapports préexistants, et la *théorie processuelle*, selon laquelle le jugement ne modifie pas la situation préexistante mais engendre une obligation procédurale pour empêcher le renouvellement du même litige. Ces théories ont le mérite incontestable d'avoir mis en lumière les deux aspects, substantiel et procédural de la chose jugée. Comme on le voit dans le texte, chacune des deux théories contient un élément de vérité, leur synthèse permet de découvrir la véritable nature du moyen tiré de la chose jugée. Ce moyen n'est ni un moyen de procédure, ni un moyen de fond, mais une fin de non-recevoir. Pour l'exposé et la critique des théories allemandes, voy. FOYER, *op. cit.*, pp. 225-228 ; PIGUET, *op. cit.*, pp. 22-27.

(90) MERLE, *op. cit.*, n° 43, p. 66.

(91) MERLE, *op. cit.*, n° 71, pp. 110-111.

tantiel, mais aussi elle apporte positivement des éléments nouveaux, comme l'hypothèque judiciaire et l'introversion de la prescription d'un court délai dans une prescription trentenaire. Selon l'expression de M. Motulsky, « l'effet de l'autorité de la chose jugée est toujours de nature processuelle, mais avec des répercussions importantes sur le fond » (92).

## Sous-Section IV

## L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE EST UN PRINCIPE DU DROIT PUBLIC

413. — M. J. Foyer estime que la notion d'action est la pierre angulaire dans l'édifice de notre institution. « Le jugement épuise le droit d'action, et la vieille idée de la consommation de l'action demeure encore exacte dans le droit moderne. Le pouvoir qu'est l'action est consomptible par le premier usage. Mais il ne l'est que relativement à ce qui a été jugé et entre les parties en cause. L'autorité de la chose jugée est la manifestation de l'extinction de l'action. Si l'action est exercée de nouveau, la partie adverse pourra s'opposer à la recevabilité de la prétention parce que le pouvoir de la former était éteint » (95).

Mais nous avons vu que l'idée de la consommation de l'action s'est peu à peu transformée (94). L'empêchement de renouveler le litige ne s'explique pas par une consommation de l'action, mais par le souci d'assurer le respect du jugement. C'est l'idée d'un empêchement résultant d'un jugement et non l'idée d'une consommation du pouvoir d'agir, qui est à la base de l'autorité de la chose jugée en droit moderne. Cette analyse met en évidence les rapports entre l'autorité de la chose jugée et l'ordre public. Le principe de l'autorité de la chose jugée, dans les mots de M. Morel, « est un principe de droit public qui résulte du pouvoir donné aux juges : on doit obéissance aux décisions des juges comme à la loi. Ce principe se justifie d'ailleurs par des raisons impérieuses : il importe à l'ordre public que la chose jugée soit respectée et que les procès ne puissent être indéfiniment recommencés » (95).

(92) Note, J.C.P. 1963.II.13.191, § III.

(93) Foyer, *op. cit.*, p. 229.

(94) *Supra*, n°s 404-406.

(95) Tr. élém. proc. civ., n° 577, p. 450. Dans le même sens : Perrot, note J.C.P., 1952.II.6806.

## Sous-Section V

## L'EXCEPTION DE LA CHOSE JUGEE EST UN MOYEN D'INTERET PRIVE

414. — La jurisprudence considère que l'exception de la chose jugée n'est pas d'ordre public (96). Plusieurs conséquences s'ensuivent : le moyen ne peut être soulevé d'office par le juge (97), les parties peuvent renoncer à l'invoquer (98), elles ne peuvent le présenter pour la première fois devant la Cour de cassation (99).

415. — La doctrine a critiqué la position de la jurisprudence (100) : « cette position de principe, écrit M. Perrot, n'est peut-être pas parfaitement logique si l'on songe que la chose jugée intéresse au premier chef l'exercice de la fonction juridictionnelle dont elle n'est que l'aboutissement. Elle s'explique cependant par cette idée, très contestable d'ailleurs, selon laquelle le jugement met fin « une instance qui est la propriété des parties, puisque devant un juge qui est neutre, les plaideurs sont entièrement libres de leurs moyens de preuve » (101).

La doctrine française en insistant sur le caractère d'ordre public de l'exception de la chose jugée suit les mêmes lignes que la doctrine allemande (102) et italienne (103). Mais nous croyons que la position de la jurisprudence française est plus réaliste, parce que comme l'ont

(96) Perrot, V° Chose jugée, Encycl. D. proc. civ., n° 201 ; Aubry et Rau, T. XII, § 769, pp. 374-375 ; Foyer, *op. cit.*, p. 174 ; Morel, *Tr. élém. proc. civ.*, n° 577, p. 450 ; Cornu et Foyer, *Proc. civ.*, 460 : voy. par exemple : Civ., 6 novembre 1940, S. 1941.I.48, R.T.D.C. 1940-1941, p. 488, obs. Vizioz ; Civ., 18 juillet 1957, Bull. civ., 1957.II, p. 358 ; Com., 15 novembre 1955, Bull. civ., 1955.III, p. 271 ; Civ., 14 mars 1958, Bull. civ., 1958.II, p. 132 ; Civ., 23 juin 1958, Bull. civ., 1958.I, p. 264 ; Soc., 5 janvier 1959, Bull. civ., 1959.IV, p. 5 ; Civ., 16 novembre 1960, Bull. civ., 1960.II, p. 460 ; Civ., 1er mars 1961, Bull. civ., 1961.II, p. 119 ; Civ., 8 mai 1961, J.C.P., 1961.IV, éd. G. 93 ; Civ., 9 novembre 1961, Bull. civ., 1961.II, p. 518 ; Civ., 30 novembre 1964, Bull. civ., 1964.I, p. 410.

(97) Civ., 4 juin 1956, Bull. civ., 1956.I, p. 175 ; Com., 2 mai 1960, Bull. civ., 1960.III, p. 139 ; Civ., 30 novembre 1964, Bull. civ., 1964.I, p. 410.

(98) Civ., 19 novembre 1957, Bull. civ., 1957.I, p. 358.

(99) Civ. 1er mars 1961, Bull. civ. II, p. 119 ; Civ., 9 novembre 1961, Bull. civ., 1961.II, p. 518.

(100) Vizioz, obs. R.T.D.C. 1940-1941, p. 288 ; Morel, *Tr. élém. poc. civ.*, n° 577, p. 450 ; Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse, Bordeaux, 1931, pp. 270-271 ; Piguet, *op. cit.*, pp. 76-77.

(101) Perrot, *op. cit.*, n° 204.

(102) V. les références citées par Guillien, *op. cit.*, pp. 270-271, et par Piguet, *op. cit.*, pp. 75-76.

(103) Liebman, *Lezioni di dir. proc. civ.*, T. II, n° 135, p. 139 : « il giudice può rilevare d'ufficio l'eccezione di cosa giudicata, quando abbia conoscenza della precedente sentenza passata in giudicato, poichè l'intangibilità dei giudicati non è ispirata al semplice interesse privato, ma all'interesse generale della sicurezza del diritto e della pace tra i cittadini. »

indiqué MM. Aubry et Rau, « entre deux parties qui ont été et sont de nouveau en litige, la paix sociale est réalisée par leur accord. Pourquoi les empêcher de la réaliser en renonçant au premier jugement, même si le juge a connaissance de celui-ci, d'autant plus qu'il peut y avoir d'autres faits qu'il ignore » (104). D'autre part, les exigences de l'ordre public sont parfaitement sauvegardées et loin d'être mises en péril parce que la renonciation à la chose jugée n'est pas valable lorsqu'elle entraînerait une modification d'état non permise aux parties ou la renonciation à un droit dont les parties elles-mêmes ne peuvent disposer (105).

(104) Aubry et Rau, T. XII, § 769, p. 374, note 207.

(105) Aubry et Rau, T. XII, p. 375, § 769, note 207 ; cf. les remarques de M. Perrot, note J.C.P. 1952.II.6806, § III : il ne faut pas confondre le droit né du jugement avec le jugement lui-même, « Ce qui est en cause, c'est l'autorité du jugement lui-même et non le droit qui en découle. Dès lors, il s'agit d'une question qui dépasse l'intérêt privé des parties litigentes parce qu'il n'appartient pas à un plaideur de soutenir qu'un jugement a été mal rendu, même lorsque la décision a été favorable à sa cause ».

## Conclusion du chapitre IV

**416. — L'autorité de la chose jugée est une fin de non-recevoir qui empêche le renouvellement du litige. Cet empêchement ne s'explique pas par l'idée de la consommation de l'action, mais par le souci d'assurer le respect du jugement. La fin de non-recevoir, tirée de la chose jugée, permet d'apporter un élément nouveau de certitude mais elle ne crée pas des droits nouveaux, d'où sa nature strictement procédurale.**

## Conclusion de la deuxième partie.

417. — L'étude des différentes causes d'irrecevabilité nous a permis de prendre conscience du fait qu'il n'est pas souvent aisé de distinguer entre les règles de fond et les règles de recevabilité. La difficulté de la distinction est particulièrement énorme par rapport aux notions de qualité et de juridicité de la contestation. Nous espérons avoir réussi à démontrer d'une manière convaincante que la distinction entre le fond et la recevabilité est toujours possible, si on prend en considération le rôle créateur de la recevabilité dans la formulation des nouvelles catégories des droits substantiels. D'autre part, on peut affirmer que par rapport aux notions de l'actualité de la contestation, de l'utilité de l'action, de la capacité, de la prescription et de la chose jugée, les questions de recevabilité se détachent nettement des questions de fond. Il faut ajouter que la recevabilité ne joue pas ici un rôle créateur. Mais cela n'empêche que les règles de recevabilité, même dans ce domaine, aient des répercussions importantes sur le fond.

418. — Pour conclure, on peut donc dire que la recevabilité a, par rapport au fond, une double fonction :

1° une fonction créatrice dans les cas où la recevabilité aboutit à la création de nouvelles catégories de droits substantiels (la qualité, la juridicité de la contestation) ;

2° une fonction simplement régulatrice dans les cas où le principe même de l'existence du droit d'agir n'est pas en question. Mais il faut préciser qu'il s'agit d'une régulation par un moyen autre que la prescription d'une formalité procédurale *stricto sensu*. Cette fonction régulatrice a deux aspects :

*a*) ordonner la marche de l'instance vers une solution définitive (l'immutabilité du litige, la recevabilité des voies de recours, les délais de procédure, etc.) ;

*b*) aménager l'exercice même du pouvoir d'agir (le principe de l'utilité du remède, la prescription, la forclusion et, en général, le temps convenable pour intenter l'action, la chose jugée).

## CONCLUSION GENERALE

419. — Au terme de cette étude, il convient de faire quelques réflexions finales sur la notion d'irrecevabilité.

420. — Il est significatif que la question d'irrecevabilité ne s'est pas posée de la même manière dans les différents systèmes juridiques. Si certains systèmes ne connaissent pas un terme d'une pareille portée générale (ex. le droit musulman, le droit anglais), le problème de distinguer entre le fond du droit et la recevabilité d'une part, et entre celle-ci et les formalités procédurales d'autre part, s'impose forcément par la nature des choses dans tous les systèmes juridiques. C'est une contribution importante de la pensée juridique française d'avoir inventé un terme pour désigner un phénomène juridique fondamental qui est à la base même de tout ordre juridique. Peut-être, les praticiens de l'Ancien Droit ne songeaient pas, quand ils employèrent, pour la première fois, le terme de fin de non-recevoir, que l'irrecevabilité serait le moyen technique pour tracer les limites de l'intervention juridictionnelle du juge et, du même coup, pour créer des nouvelles catégories des intérêts juridiquement protégés et des droits substantiels (106).

Mais il n'y a rien d'étonnant dans cette évolution de sens. Car, comme l'a très bien montré M. Perrot, « les philologues ont souvent remarqué que les mots se transforment et changent de sens au cours des siècles : telle notion qui recouvrait une idée déterminée à une certaine époque, se vide peu à peu de son contenu et change totalement de signification. Or, la vie du droit connaît un phénomène identique : les concepts et les notions juridiques se transforment et évoluent avec le temps. Pour lentes qu'elles soient, ces transmutations n'en existent pas moins, et les juristes n'ont jamais manqué de souligner la souplesse et la mobilité des notions et des définitions juridiques qui, par leur nature, sont à mi-chemein entre les définitions géométriques et les définitions expérimentales » (107).

(106) *Supra*, n°s 118 et s., n°s 152 et s. ; n°s 258 et s. ; n°s 320 et s.

(107) R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, Paris 1947, n° 81, p. 127.

421. — A côté de son rôle créateur, l'irrecevabilité a un autre rôle, non moins important, tenant à la mise en œuvre procédurale des droits substantiels. Dans ce rôle, l'irrecevabilité apparaît non comme une technique créatrice, mais essentiellement comme un empêchement à l'examen du fond. Mais quand on parle d'irrecevabilité, on ne songe pas à n'importe quel empêchement, mais à un empêchement ayant des liens très étroits avec le fond. C'est le cas notamment du défaut d'intérêt *stricto sensu* (108), de la chose jugée (109) et de la prescription (110).

422. — Or, on peut se demander quel est le lien commun entre ces deux rôles de l'irrecevabilité ?

Nous croyons que ce lien commun doit être recherché dans ce trait fondamental qui caractérise toute l'évolution du droit judiciaire, c'est-à-dire l'allègement progressif du formalisme judiciaire. L'irrecevabilité témoigne de l'allègement des formes, soit par rapport à l'action, soit par rapport à l'instance. Nous avons vu que, dans les systèmes juridiques primitifs ou archaïques, la forme procédurale prédomine le fond. Par rapport à l'action, cela signifie que les cas dans lesquels on pouvait intenter une action étaient formellement limités ou, ce qui revient au même, limitativement énumérés. Dans une telle hypothèse, la sanction du défaut du pouvoir d'agir (l'irrecevabilité) se confond nécessairement avec la sanction de l'inobservation d'une formalité *stricto sensu*. Par rapport à l'instance, le formalisme rigoureux signifie que la moindre erreur dans l'accomplissement d'un acte de procédure entraînait la nullité de l'acte. Or, il n'en est pas de même en droit moderne. Les actions ne sont plus limitées *a priori*. Il n'est plus question du formalisme d'actions (111). Mais il n'en demeure pas moins que le pouvoir d'agir n'est pas accordé à n'importe qui contre n'importe qui pour demander n'importe quoi. Des limites et des restrictions s'imposent. C'était précisément la notion d'irrecevabilité qui réalisa le passage de l'ancien au nouveau système — et ceci étant, on comprend bien son rôle créateur. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la proposition de style « la recevabilité réalise la jonction entre le fond et la procédure ». Il est intéressant de constater qu'après l'abolition des formes d'action au cours du XIX^e^ siècle, le grand historien anglais, Frédéric William Maitland, a fait l'observation frappante : « Nous avons enterré les formes d'action, mais elles continuent de nous gouverner de leurs tombes » (112). Cela revient à dire que si la rigidité formelle est abolie, l'admission des actions est restée soumise à certaines conditions. On peut donc dire que l'irrece-

(108) *Supra*, n° 303.

(109) *Supra*, n° 318.

(110) *Supra*, n° 335.

(111) Il est significatif que certains arrêts parlent, aujourd'hui encore, de la « *recevabilité dans la forme* », voy. *supra*, n° 120. Cette terminologie, selon notre analyse, doit être regardée comme anachronique.

(112) MAITLAND, *The forms of action at Common Law*, Lect. I, p. 2.

vabilité est une technique moderne qui remplace la technique ancienne du formalisme d'actions. La technique d'irrecevabilité a été employée avec succès par la jurisprudence administrative pour déterminer les cas dans lesquels les particuliers peuvent former le recours pour excès de pouvoir. On peut être facilement induit à confondre la technique créatrice avec la matière créée, comme cela arrive souvent, mais il importe toujours de distinguer entre ce qui crée et ce qui est créé (113).

Quant au formalisme dans le cadre de l'instance, il n'a pas disparu complètement, mais il est vrai qu'il a été l'objet d'un allègement progressif. Ici, si l'irrecevabilité n'a pas totalement remplacé la nullité qui est la technique par excellence pour sanctionner les formalités procédurales *stricto sensu*, il n'en reste pas moins que l'irrecevabilité assume un rôle important pour ordonner la marche de l'instance vers une solution définitive et équitable, comme c'est le cas par exemple pour la recevabilité des demandes additionnelles, des demandes nouvelles, de l'intervention, et les différentes voies de recours.

423. — *On peut donc définir l'irrecevabilité comme la technique juridique qui a progressivement remplacé le formalisme judiciaire rigoureux, soit par rapport à l'action, d'où sa fonction créatrice des droits substantiels, soit par rapport à l'instance, d'où sa fonction purement ordonnatrice de la marche de l'instance.*

424. — Il nous reste à dire un mot sur l'avenir de la notion d'irrecevabilité. Nous avons vu que la jurisprudence et la majorité des auteurs français sont plus ou moins en faveur du maintien des fins de non-recevoir comme une catégorie juridique. Une telle tendance doit recevoir tout notre appui car, si difficile soit-il de préciser avec une netteté indiscutable les cas d'irrecevabilité, il y a tout intérêt pour maintenir la qualification juridique d'irrecevabilité. Il convient à cet égard de se rappeler de cette idée bien connue et bien familière qu'il « ne paraît plus possible pour le juriste d'abandonner la méthode de la qualification des situations juridiques parmi les catégories instituées par la loi ou la jurisprudence, qu'il ne le serait pour un médecin de soigner ses malades sans diagnostic préalable de leur maladie. Que les catégories juridiques ne doivent être ni rigides, ni immuables, on peut s'en convenir; mais qu'il n'y en ait pas — ou, ce qui revient au même, qu'elles ne correspondent pas à des concepts

(113) Voy. PEKELIS, V° *Azione* (*teoria moderna*), Nssmo. D. It., T. II, p. 45, n° 27 : « Il cosidetto diritto soggettivo sostanziale altro non è che un secondario riflesso del primario funzionamento del diritto d'azione. La riflessione teoritica deve riconoscere la legittimità storica dell'uso e della supremazia dei concetti di diritto materiale ; deve però escludere la legittimità di ogni tentativo della sistemazione sullo stesso piano dei concetti di diritto soggettivo sostanziale e di diritto d'azione, che sarebbe così poco legittima, quanto quello della classificazione unitaria, per esempio, di sensazioni psichiche e di reazioni fisiche o quello del collocamento dei corpi fisici in un sistema di stati d'animo » ; ORESTANO, *Enciclopedia del diritto*, V° *Azione in generale*, n° 36, soutient avec raison que le problème du concept d'action se résout dans son histoire.

définis — c'est ce qu'il est impossible d'admettre sans renoncer à toute méthode dans le raisonnement juridique » (114).

425. — Nous avons vu que la critique principale formulée contre le maintien des fins de non-recevoir comme une catégorie juridique, est tirée de la difficulté de déterminer leur régime procédural. Mais nous croyons que cette critique ne mérite pas d'être retenue, car les difficultés inhérentes à la détermination du régime procédural des fins de non-recevoir ne sont pas insurmontables, et si on y met du bon sens, on pourrait les résoudre toutes sans pourtant compromettre l'unité conceptuelle des fins de non-recevoir. Prenons les points névralgiques du régime procédural des fins de non-recevoir un par un.

### 1° Le moment auquel le moyen tiré d'irrecevabilité peut être soulevé (115).

426. — Il paraît que c'est la question qui a soulevé les plus vives controverses. La jurisprudence, encouragée par la doctrine, et répondant aux besoins de la pratique, a résolu cette question par le recours à des arguments ingénieux pour écarter la rigidité fâcheuse que le législateur a voulu établir. Nous croyons qu'il vaudrait mieux ne pas soumettre les fins de non-recevoir à un régime strict, soit qu'elles soient liées au fond ou qu'elles soient liées à la marche de la procédure. Il est souhaitable que les fins de non-recevoir soient toutes soumises à un régime libéral. Pour combattre l'esprit de chicane, il faut accorder au juge le pouvoir d'apprécier et de juger la conduite de la partie qui aurait pu se prévaloir d'une fin de non-recevoir et ne l'a pas fait dans le dessein de soulever le moyen au moment le plus favorable à ses intérêts, et à fins purement dilatoires. Les juges doivent prendre en considération le fait que les questions de recevabilité sont étroitement liées au fond et que parfois elles exigent un examen de fond proprement dit (ex. pour décider la capacité de la femme mariée, le juge se trouve nécessairement obligé de rechercher si l'action dont il s'agit est une action mobilière ou immobilière). Préconiser une telle solution, ce n'est pas plaider pour un empirisme sans restriction. Tout le problème est d'adapter la technique aux besoins de la pratique. En stricte logique, la question d'irrecevabilité précède la question de fond. Mais en pratique, cet ordre peut être inversé. Cette inversion ne justifie pas la suppression de la technique d'irrecevabilité, mais justifie seulement son adaptation.

### 2° L'étendue de la chose jugée.

427. — Ici, la solution du problème ne dépend pas nécessairement de la nature de moyen, mais de savoir si une question litigieuse a été

(114) M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique ; faut-il tuer les catégories juridiques ?* Mélanges Dabin, Paris et Bruxelles, 1963, T. I, p. 370.

(115) *Supra*, n°s 129 et s.

définitivement décidée ou non, et peu importe si cette question est une question de pure formalité de procédure, une question de recevabilité ou une question de fond (116).

### 3° Le pouvoir d'évocation (117).

428. — Le problème est de savoir si le jugement d'irrecevabilité a touché le fond ou non; s'il a touché le fond, il n'y a pas lieu pour l'exercice du pouvoir d'évocation; s'il n'a pas touché au fond, la question relative à l'exercice du pouvoir d'évocation peut se poser.

*
**

429. — Il nous paraît un peu paradoxal que les discussions à propos de la définition de fins de non-recevoir se sont concentrées autour de la détermination de leur régime procédural, de telle sorte qu'on risquât de perdre de vue l'ampleur et la fécondité de la technique d'irrecevabilité. On ne peut nier l'importance du problème du régime procédural. Mais assurément, ce n'est pas là l'aspect le plus important. Il suffit de songer à ce que la technique d'irrecevabilité est employée avec la plus grande utilité par la jurisprudence administrative sans que le problème du régime procédural ne se pose avec la moindre acuité. En droit privé, le problème du régime procédural a pris une importance hors proportion et a mis en question l'utilité de la notion d'irrecevabilité. C'est là un résultat regrettable. Le retour aux sources, et l'examen du problème dans son ensemble nous ont permis de voir comment la notion d'irrecevabilité est une notion cohérente, flexible et fructueuse. C'est une technique nécessaire pour chaque système du droit judiciaire.

(116) *Supra*, n° 397.
(117) *Supra*, n° 131.

Vu,
*Le Président de la thèse :*
R. PERROT.

Vu,
*Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris :*
G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,
*Le Recteur de l'Académie de Paris :*
J. ROCHE.

# BIBLIOGRAPHIE

## § 1. — EN FRANÇAIS

### A. — Ouvrages généraux.


Abdel-Fattah El-Sayyed et Desserteaux, *Traité théorique et pratique de procédure civile égyptienne, spécialement devant les tribunaux mixtes*, Dijon, 1926.

Arminjon, Nolde et Wolff, *Traité de droit comparé*, T. III, Paris, 1951.

Auby et Drago, *Traité de Contentieux administratif*, Paris, 1962, T. I.

Aubry et Rau, *Droit civil*, T. XII, par Esmein, 6e éd.

Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, éd. Beugnet, Paris, 1842.

Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, Paris, 1825.

Boitard, *Leçons de procédure civile*, 15e éd., par Glasson, Paris, 1890.

Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, Poitiers, 1828.

Bonnier (E.), *Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, Paris, 1847.

Bordeaux (R.), *Philosophie de la procédure civile, Mémoire sur la réformation de la justice*, Paris, 1857.

Carbonnier (J.), *Droit civil*, collect. Thémis, T. I, Paris, 1962, T. II, Paris, 1962.

Carre et Chauveau, *Lois de procédure civile et commerciale*, 5e éd., Paris, 1880.

Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, T. II, Paris, 1959.

Cornu (G.) et Foyer (J.), *Procédure civile et commerciale*, Paris, 1958, Collect. Thémis.

*Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine, Antérieures au* XVIe siècle, Paris, 1877-97, *in* 8 volumes.

Cuche et Vincent, *Procédure civile et commerciale*, 13e éd., Paris, 1963, Précis Dalloz.

David (R.), *Les grands systèmes de droit contemporains* (Droit comparé), Précis Dalloz, 1964.

de Laubadère (A.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd., Paris, 1963.

Denisart, *Collection des jugements*, Paris, 1771.

Ernout et Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, 1951.

Favard de Langlade, *Code de procédure civile, avec le rapprochement des articles du Code civil*, Paris, 1806.

Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e éd., Paris, 1912-1938.

Giffard, *Précis de droit romain* (Précis Dalloz).
— *Leçons de procédure civile romaine*, Paris, 1932.

GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, 1924.

GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., Paris, 1925-1936.

GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1787.

IMBERT (J.), *La practique judiciaire, civile et criminelle, revue et observée par tout le royaume de France*, Paris, 1623.

JAPIOT (R.), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3e éd., Paris, 1935.

JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril* 1667, Paris, 1757.

LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, 1827-1832.

MARTY et RAYNAUD, *Traité de droit civil*, T. I, 1961, T. II, 1962.

MAZEAUD (H. L. et J.), *Leçons de droit civil*, T. II, 2e éd., 1962.

MERLIN, *Questions de droit*, Paris, 1827.

MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., Paris, 1949.

PERROT (R.), *Cours de droit judiciaire privé*, Cours polycopié, 1963-1964.

PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France*, Paris, 1807.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, T. II, Paris, 1957.

PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Traité pratique de droit civil*, T. III, Paris, 1952.

POTHIER, *Obligations*, Paris, 1774, 2 volumes.

— *Traité du droit de domaine et de propriété*, Paris et Orléans, 1777.

— *Traité de procédure civile*, Paris, 1778.

RAUTER, *Cours de procédure civile française*, Strasbourg, 1834.

RODIÈRE (A.), *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 3e éd., Toulouse, 1867.

RODIER, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril* 1667, *relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse, 1779.

SOLUS (H.), *Cours de droit judiciaire privé*, 1959-1960.

SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, T. I, Paris, 1961.

VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire* (le projet du Code judiciaire belge), T. I, Bruxelles, 1964.

VITU, *Procédure pénale*, Collect. Thémis, Paris, 1957.

VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956.

WALINE (M.), *Droit administratif*, 9e éd., Paris, 1963.

### B. — Ouvrages spéciaux et thèses.

ALGLAVE, *Action du ministère public*, 2e éd., Paris, 1874.

AZARD (P.), *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Thèse, Paris, 1936.

BARTHÉLÉMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899.

BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *De la prescription*, 4e éd., Paris, 1924.

BOCCON, GIBBOD, *De la transformation de la procédure sous l'influence de la jurisprudence et de la pratique*, Thèse, Paris, 1936.

BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934.

BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1947.

BOYREAU (P.), *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, Thèse, Bordeaux, 1945.

BRETON, *Des éléments constitutifs de l'autorité de la chose jugée dans le droit romain et dans le droit français*, Thèse, Paris, 1863.

BERTON, *Les ordres professionnels*, Thèse, Paris, 1950.

BRUNTZ (Ch.), *L'examen à futur*, Thèse, Nancy, 1905.

COLLINET (P.), *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris, 1947.

DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952.

DAVID (R.), *Les traits fondamentaux du droit anglais*, Cours polycop., 1953-1954.
— *Le droit anglais*, Paris, 1965, Collect. « Que sais-je ? ».

DARGENT, *La doctrine de l'estoppel*, Thèse, Grenoble, 1943.

DEBBASCH (Ch.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, 1962.

de BIÉVILLE (M.), *Les nullités de procédure en matière civile*, Thèse, Paris, 1944.

DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Thèse, Lille, 1949.

DEHACQ, *De l'action du ministère public en matière civile*, 2e éd., Paris, 1882.

DEL VECCHIO (G.), *Philosophie du droit*, traduit de l'Italien par A. D'Aynac, Paris, 1953.

FOURNEAU, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire. Pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse, Aix, 1951.

FOYER (J.), *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition*, Thèse, Paris, 1954.

FRÈREJOUAN DU SAINT, *Le ministère public, aperçu historique, son droit en matière civile*, Paris, 1875.

GASSIN, *La qualité*, Thèse, Aix, 1955.

GERMER-DURAND (G.), *Les enquêtes à futur*, Thèse, Paris, 1907.

GIGNOUX, *Les actions préventives*, Thèse, Paris, 1935.

GILLI (J.-P.), *La cause de la demande en justice, Essai de définition*, Paris, 1962.

GLASSON (E.), *Les sources de la procédure civile française*, Paris, 1882.
— *Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Paris (1882-1933).

GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris, 1957.

GOYET, *Le ministère public*, 3e éd., Paris, 1953.

GROSPIRON, *L'exécution des conventions immorales*, Thèse, Paris, 1938.

GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse, Bordeaux, 1931.

GUILMARD (R.), *La notion de juridiction gracieuse*, Thèse, Caen, 1913.

HAMSON (C.J.), *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, traduit de l'anglais par A. Cocatre-Zilgien, Paris, 1958, Préface de M. R. Cassin.

HENRY (A.), *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, Thèse, Nancy, 1913.

JAZEM DRAIBY, *L'histoire et le problème des actions préventives en droit français*, Thèse, Aix, 1945.

JOBBE-DUVAL, *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1881.

JOURDAN (H.), *La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine, Principe et sanction*, Thèse, Grenoble, 1900.

KELSEN (H.), *Théorie pure de droit*, traduction française par Ch. Eisenmann, Paris, 1962.

KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1959.

LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, Paris, 1962.

LARZYCKI, *La demande en justice*, Thèse, Caen, 1937.

LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil*, Thèse, Poitiers, 1955.

LEPOINTE (G.), *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1956.

LÉVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, 1963.

MALIBEAU (J.), *De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels*, Thèse, 1943.

MAGDELAIN, *L'action civile*, Paris, 1955.

MAYNARD, *Le jugement déclaratoire*, Thèse, Lyon, 1922.

MERLE (R.), *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1949.

MILLIOT, *Introduction à l'étude de droit musulman*, Paris, 1953.

MOHANNA, *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam*, Thèse, Paris, 1929.

MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947.

NACHBAUR (P.), *Etude sur la procédure* in jure *dans les* legis actiones, Thèse, Nancy, 1883.

NOAILLES (P.), *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949.

OPPETIT (B.), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963.

PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, Paris, 1947.

PÉTRAU-GAY, *Evolution historique des exceptions et des prescriptions*, Thèse, Lyon, 1916.

PIGUET (O.), *L'exception de chose jugée spécialement en procédure civile vaudoise*, Thèse, Lausanne, 1956.

PLANIOL (Maurice), *Caractères et effets des élections rendues en matière gracieuse*, Thèse, Caen, 1913.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949.
— *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.

ROLAND (H.), *Chose jugée et tierce opposition*, Paris, 1958.

RANGER (L.), *Des cas dans lesquels le ministère public peut agir d'office en matière civile*, Thèse, Paris, 1941.

RODIÈRE, *Droit des Transports*, T. II, Paris, 1955.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963.

SAIGET, *Le contrat moral*, Thèse, Paris, 1939.

SAINT-CYR, *La notion juridique des bonnes mœurs*, Thèse, Bordeaux, 1939.

SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, Thèse, Lyon, 1930.

SOHM (R.), *La procédure de la* lex salica, Paris, 1873, traduit de l'allemand par Thévenin.

THOMAS (P.), *Evolution de la théorie de la chose jugée ou la coexistence des deux exceptions* rei in judicium deductae et rei judcatae, Thèse, Toulouse, 1898.

TROPLONG, *De la prescription*, Paris, 1835.

VANLAER, *Le D.L. du 30 octobre 1935, relatif à la procédure civile*, Lille, 1937.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, 1960.

C. — Articles et études diverses.

Audinet (J.), *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, R.T.D.C. 1955, p. 213.

Béguet, *Etude critique de la notion des fins de non-recevoir*, R.T.D.C. 1947, p. 133.

Bekaert (H.), *La mission du ministère public en droit privé*, Mélanges Dabin, Paris, 1961, T. II, p. 419.

Béraud, *L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente*, J.C.P., 1952.I.1029.

Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Rev. Dr. public, 1932, p. 695.

Carbonnier, *Notes sur la prescription extinctive*, R.T.D.C. 1952, p. 171.

— *Sur le caractère primitif de la règle de droit*, Mélanges Roubier, Paris, 1961, T. I, p. 109.

Cardahi (Ch.), *La théorie générale des actions en droit musulman*, Bull. de Législ. comparée, 1929, p. 279.

— *L'exécution des conventions immorales ou illicites*, Rev. int. dr. comp., 1951, p. 385.

Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, Rev. dr. public, 1942, p. 93.

Chéron, Chr. R.T.D.C. 1923, p. 358.

Coing (H.), *Signification de la notion de droit subjectif*, Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 1.

Collinet, *Nature de la litis contestatio*, *Nouvelle revue historique*, 1902, T. XXVI, p. 532.

Dabin (J.), *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 17.

David (R.), *De l'importance d'études comparatives relatives à la procédure*, *in* « Estudios juridicos in memoria de Eduardo J. Couture », Montévideo, 1951, p. 932.

de Soto, *La notion de juridiction*, Chr. D., 1956, p. 45.

Durand (P.), *Défense de l'action syndicale*, Chr. D., 1960, p. 21.

Duyperon (H.), *L'action collective*, Chron. D., 1952, p. 153.

Eisenmann (Ch.), *La justice dans l'Etat*, in *La Justice*, 1961, p. 11, P.U.F.

Gervais (A.), *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, *in* Mélanges Roubier, 1961, T. I, p. 241.

Giffard (A.E.), *Etudes sur la procédure civile du Bas-Empire*, *I. Les procès des privilégiés et la procédure de droit commun à la fin du V^e^ siècle*, Rev. historique du Dr. français et étranger, 1935, p. 239.

Giverdon, *La qualité*, Chr. D., 1952, p. 85.

Goyet (F.), *Lois nouvelles*, Paris, 1936, 1^re^ partie, p. 267.

Granier (J.), *Quelques réflexions sur l'action civile*, J.C.P., 1957.I.1386.

Hamson (C.J.), *Procédure civile en Angleterre et en France*, Rev. int. dr. comparé, 1950, p. 77.

— *Le trial anglais*, Rev. int. dr. comparé, 1956, p. 529.

Hauriou, *Les éléments du Contentieux*, Rec. de législ. de Toulouse, 1905, p. 43.

Hébraud, *Commentaire sur la loi du 15 juillet 1944*, D. 1946, L. 343.

— *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale*, Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse, 1949, p. 131.

Japiot, *Les actions et demandes en justice, conditions et classifications*, R.T.D.C. 1915, p. 419.

Lagrange, J.C. civ., articles 1131-1133, Fasc. 10.

Larguier (J.), *L'action publique menacée*, Chr. D., 1958, p. 29.

— *L'action publique et l'action civile dans le Code de procédure civile,* J.C.P., 1959.I.1495.

— *L'alcool, la police et le sang,* D., 1962, Chr., p. 9.

LEPAULLE, *Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit,* R.T.D.C. 1934, p. 773.

LOBIN (Y.), *V° Vérification d'écriture,* Encycl. D. proc. civ.

LONGCHAMPS, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine,* Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 45.

LOUSSOUARN, *Les conditions d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu,* R.T.D.C. 1949, p. 212.

MAZEAUD (H.), *La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé,* Chr. D., 1954, p. 40.

MEURISSE (R.), *La conduite en état d'ivresse,* Gaz. Pal., 1961.2, Doctr., p. 55.

MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile,* Mélanges Dabin, 1963, T. II, p. 176.

— *Le droit subjectif et l'action en justice,* Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 215.

— *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge,* Chr. D., 1964, p. 235.

MUHLEISEN, *Les jugements déclaratoires en Alsace-Lorraine,* R.T.D.C. 1934, p. 783.

PERROT (R.), V° Chose jugée *in* Encycl., D. proc. civ.

POLLET, V° Exceptions et fins de non-recevoir, Encycl., D. Proc. civ.

ROUBIER (P.), *Délimitation et intérêt pratique de la catégorie des droits subjectifs,* Arch. phil. dr., n° 9, 1964, p. 92.

SALLÉ, *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit - Essai de terminologie juridique,* R.T.D.C. 1933, p. 1037.

SÉGUR (L.), *L'action déclaratoire,* J.C.P., 1965.I.1902.

SOLUS (H.), *La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public, in* Etudes en l'honneur de H. Capitant, p. 769.

— *Les réformes de procédure civile, étapes franchies et vue d'avenir, in* Etudes offertes à G. Ripert, Paris, 1950, T. I, p. 196.

TIXIER, *Les effets de l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir,* Chr. D., 1957, p. 25.

VALABRÈGUE, *De la loi Diffamari ou de l'action de jactance en droit romain et en droit français,* Rev. crit., 1888, T. 55, pp. 13-51.

VASSEUR (M.), *Délais préfix, délais de prescription et délais de procédure,* R.T.D.C. 1950, p. 439.

VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif,* Arch. phil. dr., 1953-1954, p. 163.

VINCENT (J.), V° *Action Encycl. D. proc. civ.*

— *La procédure civile et l'ordre public,* Mélanges Roubier, Paris 1961, T. II, p. 303.

VISMARD, *Jurisclasseur, proc. civ.,* T. III, fasc. art. 192.

VOUIN, *De la recevabilité de l'action « syndicale » des associations,* J.C.P., 1955. I.1207.

WALINE (M.), *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique ; Faut-il tuer les catégories juridiques ?,* Mélanges Dabin, Paris et Bruxelles, 1963, T. I.

### D. — NOTES ET OBSERVATIONS.

J.A., Note J.C.P., 1961.II.12421 ; note J.C.P., 1961.II.12318.

BESSON, Note, D. 1947.265.

CARBONNIER (J.), Note D.C., 1942.113 ; note J.C.P. 1948.II.4474 ; obs. R.T.D.C. 1950, p. 514 ; obs. Rtdc. 1957, p. 141.

CHAVANNE, Note J.C.P., 1951.II.5963.

CHEVALLIER, Note, D. 1940.1.57.

CORNU, Note, D. 1961.636.

CRÉMIEU, Note, D. 1962.66.

de JUGLART, Note, J.C.P., 1959.II.10983.

DEVILLENEUVE, Note, S. 1850.2.1.

ESMEIN, Note, J.C.P., 1952.II.6842.

J.G., Note, J.C.P., 1965.II.14006.

GIVERDON, Note, D. 1959.374.

G.H., Note, D. 1952.112.

HÉBRAUD, obs. R.T.D.C. 1948, p. 500 ; obs. R.T.D.C. 1949, p. 113 ; obs. R.T.D.C. 1949, p. 115 ; R.T.D.C. 1949, p. 313 ; obs. R.T.D.C. 1950, p. 218 ; obs. R.T.D.C. 1950, p. 221 ; obs. R.T.D.C. 1950, p. 537 ; obs. R.T.D.C. 1952, p. 254 ; obs. R.T.D.C. 1953, p. 370 ; obs. R.T.D.C. 1954, p. 534 ; obs. R.T.D.C. 1955, p. 150 ; R.T.D.C. 1955, p. 542 ; obs. R.T.D.C. 1956, p. 766 ; obs. R.T.D.C. 1957, p. 165 ; obs. R.T.D.C. 1959, p. 144 ; obs. R.T.D.C. 1963, p. 137 ; obs. R.T.D.C. 1963, p. 395 ; obs. R.T.D.C. 1963, p. 600 ; obs. R.T.D.C. 1964, p. 163 ; obs. R.T.D.C. 1964, p. 363 ; obs. R.T.D.C. 1964, p. 596.

HÉMARD, Note, J.C.P., 1946.II.2955.

HOLLEAUX, Note, D. 1948.321 ; D. 1961.285.

HUBERT, Note, S. 1945.2.69.

HUGUENEY, Note, S. 1919.1.91.

M.J., Note, J.C.P. 1965.II.14149.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Note, S. 1947.1.131.

LINDON, Note, D. 1957.622.

MADRAY, Note, J.C.P. éd. Avoués, 1942.IV.77 ; note, J.C.P. 1942.IV, éd. Av., n° 58 ; note, J.C.P 1948, éd Av., IV, 147 ; note, J.C.P. 1949.IV.1097 ; note, J.C.P. 1950.IV.1470 ; note, J.C.P. 1955.IV, éd. Av., 2551 ; note, J.C.P. 1956.II.9506 ; note, D. 1965.162.

MARTY, Note, S. 1938.1.321.

MAZEAUD (H.), Note Gaz. Pal., 1932.2.363.

MAZEAUD (H. et L.), Obs. R.T.D.C., 1946, p. 30 ; obs. R.T.D.C. 1957, p. 692.

MESTRE, Note, S. 1920.1.49.

MOREL (R.), Note, S. 1944.1.117.

MOTULSKY (H.), Note, J.C.P. 1963.II.13191.

NAST, Note, D.P. 1928.2.169 ; note, D.P. 1935.2.41.

PERROT, Note, J.C.P. 1952.II.6806.

PONSARD, Note, D. 1950.176.

RAYNAUD, Obs. R.T.D.C. 1942, p. 231 ; obs. R.T.D.C. 1943, p. 63 ; obs. R.T.D.C. 1958, p. 306 ; note, D. 1958.67.

RIPERT (G.), Note, D. 1949.350.

SAVATIER (R.), Note, D.P. 1921.1.233 ; note, D. 1938.1.5 ; note, D. 1946.149 ; note, D. 1949.461.

SAVATIER (J.), Note, J.C.P. 1953.II.7601.

SOLUS (H.), Obs. R.T.D.C. 1950, p. 203.

TUNC (A.), Note, D. 1946.105 ; note, D. 1961.563 ; obs. R.T.D.C. 1964, p. 106.

VERDIER (J.-M.), Note, D. 1960.294 ; note, D. 1960.644.

VIZIOZ, R.T.D.C. 1939, p. 537 ; note, Rec. Penant, 1940, 1-3, art. 5942 ; obs. R.T.D.C. 1940-1941, p. 313 ; obs. R.T.D.C. 1940-1941, p. 488 ; obs. R.T.D.C. 1942, p. 224 ; obs. R.T.D.C. 1942, p. 311 ; obs. R.T.D.C. 1943, p. 135 ; obs. R.T.D.C. 1943, p. 279 ; obs. R.T.D.C. 1944, p. 262 ; obs. R.T.D.C. 1945, p. 51 ; obs. R.T.D.C. 1945, p. 133 ; obs. R.T.D.C. 1945, p. 209 ; obs. R.T.D.C. 1946, p. 52 ; obs. R.T.D.C. 1946, p. 246 ; obs R.T.D.C. 1947, p. 79 ; obs. R.T.D.C. 1947, p. 82 ; obs. R.T.D.C. 1947, p. 217 ; obs. R.T.D.C. 1948, p. 94 ; obs. R.T.D.C. 1948, p. 241.

VOIRIN, Note, D. 1934.2.33 ; note, D. 1948.76 ; note, D. 1954.437.

## § II. — EN ANGLAIS

### A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

AMES (J.B.), *Lectures on Legal History and Miscellameous Legal Essays,* Cambridge, Mass., 1913.

ANSON (Sir William), *Principles of the English Law of Contract,* 21e éd., Oxford, 1959 par A.G. Guest.

BERGER (A.), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law,* Philadelphia, 1953.

CHESHIRE (G.C.) & FIFOOT (C.G.S.), *The Law of Contract,* 6e éd., Londres, 1964.

CROSS (R.), *Evidence,* 2e éd., Londres, 1963.

FIFOOT (C.H.S.), *History and Sources of the Common Law,* Londres, 1949.

HALSBURY'S, *Laws of England,* 3e éd., Londres.

HANBURY (H.G.), *Modern Equity,* Londres, 1962.

HOFFMANN (L.H.), *South African Law of Evidence,* Durban, 1963.

JACKSON, *The Machinery of Justice in England,* Cambridge, 1960.

MAITLAND (F.W.), *The Constitutional History of England,* Cambridge, éd. 1961. — *The Forms of Action at Common Law,* Cambridge, éd. 1962.

ODGERS, *Principles of Pleading and Practice of Civil Actions in the High Court of Justice,* 17e éd., Londres, 1960.

PLUCKNETT, *A Concise History of English Law,* Londres, 4e éd., 1948.

SALMOND (Sir John), *Jurisprudence,* 11e éd., Londres, 1957, édité par Williams. — *The Law of Torts,* 13e éd., par Heuston, Londres, 1961.

VAINES (J.C.), *Personal Property,* 3e éd., Londres, 1962.

WADE (H.W.R.), *Administrative Law,* Oxford, 1961.

WIGMORE, *On Evidence,* 3e éd., Boston, 1940, T. IV.

### B. — OUVRAGES SPÉCIAUX.

AHMED (M.B.), *An outline of the system of the administration of justice under the Muslims in India between* 1206 *and* 1750, Thèse pour le grade de M. Litt., Cambridge, 1938.

BORCHARD, *Declaratory Judgments.*

BOWER (G.S.), *The Law Relating to Estoppel by Representation,* Londres, 1923.

BUCKLAND et Mc NAIR, *Roman Law and Common Law,* Oxford, 2e éd., 1952, avec la collaboration du F.H. Lawson.

COOKE (R.B.), *Jurisdiction : An Essay in Constitutional, Administrative and Procedural Law,* Thèse, Cambridge, 1954.

COOTE (B.), *Exception Clauses,* Londres, 1964.

EVEREST et STRODE, *The Law of Estoppel,* 3e éd., Londres, 1923.

EWART (J.C.), *An exposition of the Principles of Estoppel by Representation,* Chicago, 1900.

HAMSON (C.J.), *Executive discretion and judicial control,* 1954.

HART (H.L.A.), *The Concept of Law,* Oxford, 1951.

HENRY SUMMER MAINE (Sir), *Ancient History*, Cambridge, 1861.

OMAR (M.A.), *Estoppel and Ostensible Authority in English and French Law*, Thèse, Cambridge, 1964.

SHIHATA (I.F.I.), *The Power of the International Court to determine its own jurisdiction*, La Haye, 1965.

ZAMIR, *Declaratory judgment*, Londres, 1962.

C. — ARTICLES.

LIPSTEIN (K.), *Protected interests in the law of torts*, *Cambridge*, L.J. 1963, p. 85.

SUNDERLAND, *A modern evolution in remedial rights - The declaratory judgment*, Mich. L. Rev. 1917, p. 69.

§ III. — EN ARABE

A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX CLASSIQUES.

El-FATAWI El-HINDIYYAH, T. IV, écrit vers 1070, hégire, 1660 après J.-C., éd. Le Caire, 1328, H., 1910 après J.-C.

El-KASSANI, *Badaïé El-Sanaïé*, écrit vers 587, H., 1192 après J.C., éd. Le Caire, 1910, ap. J.-C., T. VI.

El-SARAKHSI, *El- Mabsut*, écrit vers 438, h., 1047 après J.-C., éd. Le Caire, 1324, h., 1906 après J.-C., T. XVII.

El-ZEILAAI, *Commentaire sur le Kanz d'El-Nasfi*, écrit vers 743, h., 1314 après J.-C., éd. Le Caire, 1310, h., 1893, après J.-C., T. IV.

B. — OUVRAGES MODERNES.

A. ABUL-WAFA, *La théorie des défenses*, Alexandrie, 1955.

M. et A. EL-ASHMAWI, *Principes de procédure*, 2 tomes, Le Caire, 1957-1958.

A.A. El-CHARKAWY, *La théorie de l'intérêt en tant que condition de recevabilité de l'action*, Thèse, Le Caire, 1944, publié en 1947.

El-GHAZZI, *Commentaire sur la Mecelle* (*Medjallatul-Ahkam-il-adliyyah*), Damas, 1921, T. III.

M.Z. El-IBIANI, *Recherches sur la procédure musulmane*, Le Caire, 1924.

M.H. FAHMY, *La procédure civile et commerciale*, Le Caire, 1940.

A. GUIMEI, *Explication de procédure civile et commerciale*, Le Caire (1966).

M. IBN ARNOUS, *Histoire de la justice islamique*, Le Caire, 1934.

A. KAMHA et A. El-SAYYED, *Explication de la loi de procédure musulmane*, Le Caire, 1924.

A. MOSSALLAM, *Principes de procédure*, Le Caire, 1961.

M.Y. MOUSSA, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Le Caire, 1954.

M.A. OMAR, *Précis des jugements et des voies de recours*, dans l'ouvrage de M. GUIMEI, déjà cité.

R. SEIF, *Les conflits de juridiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes*, Thèse, Le Caire, 1938, en arabe et en français.

— *Manuel de procédure civile et commerciale*, Le Caire, 1965.

F. WALI, *La théorie des nullités en droit de procédure civile*, Thèse, Le Caire, 1958, publiée en Alexandrie, 1959.

§ IV. — EN ITALIEN

A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

CARNELUTTI, *Diritto et processo*, Naples, 1928.

G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3e éd., Naples, 1923.

JAEGER, *Diritto processuale civile*, Turin, 1944.

E.T. Liebman, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milan, 1951.
Micheli, *Corso di dir. proc. civ.*, T. I, Milan, 1959.
Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, T. I, Milan, 1959.
— *Diritto processurale civile*, 6e éd., Padoue, 1959.

B. — Ouvrages spéciaux.

Attardi, *L'interesse ad agire*, Padoue, 1955.
T. Delogu, *Contributo alla teoria della inammisibilità nel diritto processuale penale*, Milan, 1938.
Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milan, 1957.
Furno, *Digesto sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Florence, 1942.
Garbagnati, *Sostituzione processurale*, Milan, 1942.
Mandrioli, *L'azione esecutiva*, Milan, 1955.
Monacciani, *Azione e legittimazione*, Milan, 1951.
P. Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo* 16, Milan, 1962.

C. — Articles et études diverses.

Attardi, V° *Legittimazione ad agire, in* Nssmo. D. it.
F. Bonifacio, V° *Litiscontestatio*, Nssmo. D. it.
Calamandrei, *Il concetto di lite nel pensiero di F. Carnelutti, in* Studi sul processo civile, Padoue, 1930, T. II, p. 359.
Cannata, V° *Eccezione (diritto romano), in* Nssmo D. it.
E. Casati, V° *Regiudicata civile*, N.D.I, T. XI.
Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti, in* Saggi di diritto processuale civile, 2e éd., Rome 1930, T. I, p. 3 et s.
— *Azioni e sentenze di mero accertamento*, Riv. dir. proc. civ., 1933, I, p. 3.
Colacino, V° *Degenatio actionis, in* Nssmo. D. it.
S. Costa, V° *Interesse e legittimazione ad agire, in* N.D.I.
F. Della Rocca, V° *Eccezime (diritto canonico), in* Nssmo. D. It.
De Stefano, V° *Azione civile*, Nssmo. D. it.
A. Lugo, V° *Inammissibilità e improcedibilità*, Nssmo. D. it.
Micheli, *Giurisdizione e azione*, Riv. dir. proc. 1956, I, p. 107.
A. Mogazzu, V° *Decadenza, in* Nssmo. D. it.
Orestano, V° *Azione in generale, in* Encic. del diritto.
Pekelis, V° *Azione (teoria moderna), in* Nssmo. D. it.
Pugliese, V° *Azione (diritto romano), in* Nssmo. D. it.
Redenti, V° *Atti processuali, in Enciclopedia del diritto.*
Segni, *L'unità del processo*, Riv. it. scienze giuridiche, 1954, p. 217.
T. Siciliani, V° *Inammissibilità, in* N.D.I.

## § V. — EN ESPAGNOL

J.P. Brutau, *La doctrina de los actos proprios*, Barcelone, 1951.
J. Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956.
D.M. Moreno, *La accion procesal*, Thèse, Bogota, 1954.

## § VI. — EN ALLEMAND

L. Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivil prozessrechts*, 8e éd., Munich, 1960.

# *Table des Matières*


INTRODUCTION ..... 1

PREMIÈRE PARTIE

L'AUTONOMIE DE LA NOTION D'IRRECEVABILITE ..... 5

CHAPITRE PREMIER. — *La notion d'irrecevabilité en droit comparé* ..... 7

*Section I.* — La notion d'irrecevabilité en droit musulman et en droit égyptien moderne ..... 8

*Conditions préliminaires.*

I. — Vue d'ensemble sur l'histoire du droit égyptien ..... 8

II. — Quelques remarques générales sur la procédure en droit musulman ..... 10

*Sous-Section I.* — Les éléments de l'action (Rukn-el-daawa) ..... 11

§ 1. La distinction entre les conditions d'existence et les conditions d'exercice ..... 11

§ 2. La distinction entre le droit et l'action ..... 12

*Sous-Section II.* — Les conditions de l'action (chéroute-el-daawa) ..... 12

*Sous-Section III.* — La notion de partie en droit musulman ..... 15

§ 1. La qualité du demandeur ..... 15

§ 2. La qualité du défendeur ..... 16

A. — La partie dans l'action réelle ..... 16

B. — La partie dans l'action de dette ..... 16

C. — La partie dans l'action résultant d'une acte ..... 17

D. — La partie dans l'action résultant d'un contrat ..... 17

E. — La partie dans l'action résultant d'une déclaration ..... 17

F. — La partie dans l'action en recherche de parenté légitime ..... 17

*Sous-Section IV.* — Les moyens de défense ..... 18

*Sous-Section V.* — La notion de recevabilité d'après les codes de type français ..... 19

§ 1. Les codes de 1875 et de 1883 ..... 20

§ 2. Le code de 1949 ..... 20

*Section II.* — La notion d'irrecevabilité en droit anglais ..... 21

*Sous-Section I.* — Les actions et les droits substantiels en droit anglais .. 22
§ 1. L'importance primordiale de la procédure en droit anglais ..... 22
§ 2. L'évolution historique de la procédure anglaise ..... 22
A. — Le système archaïque : la primauté de l'action sur le droit . 23
B. — La réforme - Le système moderne, la primauté du droit sur l'action ..... 24
§ 3. Comparaison avec le droit romain ..... 25
§ 4. La nature du droit d'action anglais ..... 26
*Sous-Section II.* — Les moyens de défense qui peuvent être rapprochés des fins de non-recevoir ..... 27
§ 1. Pleading et trial ..... 27
§ 2. Les moyens de défense qui concernent les faits et les moyens de défense qui concernent le droit ..... 29
§ 3. Dilatory pleas et peremptory pleas ..... 30
§ 4. Les moyens de défense qui attaquent le right of action ..... 31
A. — Striking out frivolous and vexations actions ..... 31
B. — The limitation of actions ..... 31
C. — The equitable laches ..... 31
D. — The doctrine of estoppel ..... 32
E. — L'intérêt et la qualité ..... 36
*Conclusion du chapitre premier* ..... 39
CHAPITRE II. — *L'évolution historique de la notion d'irrecevabilité* ..... 41
*Section I.* — La notion d'irrecevabilité en droit romain ..... 42
*Sous-Section I.* — Le concept d'action en droit romain ..... 42
§ 1. La définition du Cels ..... 43
§ 2. Vers une notion générale et abstraite de l'action ..... 44
A. — Le système de « legis actiones » ..... 44
A. — La procédure par formules ..... 44
C. — La procédure extraordinaire ..... 45
*Sous-Section II.* — Les moyens défensifs ..... 45
§ 1. La « denegatio actionis » ..... 46
§ 2. La « praescriptio » ..... 46
§ 3. L' « exceptio » ..... 47
§ 4. Les exceptions dilatoria et les exceptions péremptoires ..... 47
*Section II.* — La notion d'irrecevabilité en droit coutumier germanique : le sens du formalisme archaïque ..... 48
*Section III.* — La notion d'irrecevabilité en droit féodal ..... 50
*Sous-Section I.* — Le sens du formalisme ..... 50
*Sous-Section II.* — L'apport du droit canonique ..... 51
*Sous-Section III.* — L'apparition du terme de fin de non-recevoir ..... 51
*Section IV.* — La notion des fins de non-recevoir aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles . 53
*Sous-Section I.* — L'ordonnance d'avril 1667 ..... 53
*Sous-Section II.* — La doctrine ..... 53
*Section V.* — La notion des fins de non-recevoir au XIX^e^ siècle ..... 55
*Sous-Section I.* — Le projet du code ..... 55
*Sous-Section II.* — La doctrine ..... 56
*Section VI.* — Le décret-loi du 30 octobre 1193151 et ses suites ..... 57
*Sous-Section I.* — L'attitude libérale de la jurisprudence ..... 57
*Sous-Section II.* — La rigidité législative ..... 59

*Sous-Section III.* — La persistance de l'esprit libéral dans la jurisprudence 60
*Section VII.* — Les théories modernes des fins de non-recevoir ..... 62
*Sous-Section I.* — La théorie de la nature mixte des fins de non-recevoir : la classification tripartite des moyens de défense ..... 62
*Sous-Section II.* — La théorie de l'opposition du fond de la demande à sa mise en œuvre procédurale ..... 64
§ 1. La critique de la classification tripartite des moyens de défense . 64
§ 2. Les arguments pour une classification dualiste ..... 64
§ 3. Critique : la classification tripartite mérite d'être maintenue .... 65
*Sous-Section III.* — Le problème de l'autonomie des fins de non-recevoir . 65
*Sous-Section IV.* — Une appréciation critique des notions des fins de non-recevoir liées au fond et fins de non-recevoir de procédure ..... 69
§ 1. L'importance de fixer la notion d'irrecevabilité dans le cadre des théories de l'action et de l'instance ..... 69
§ 2. Le rôle créateur de la recevabilité ..... 70
*Conclusion du chapitre II* ..... 74

CHAPITRE III. — *Le domaine d'irrecevabilité* ..... 75
*Section I.* — L'irrecevabilité et l'action ..... 76
*Sous-Section I.* — Les théories qui confondent le droit avec l'action .. 77
§ 1. L'action comme élément du droit, critique ..... 77
A. — Exposé de la théorie ..... 77
B. — Appréciation critique ..... 79
§ 2. Pas de droit, pas d'action ..... 81
A. — Exposé de la théorie ..... 81
B. — Appréciation critique ..... 81
C. — Un essai de synthèse ..... 86
*Sous-Section II.* — Les théories qui distinguent entre l'action et le droit (les théories dualistes) ..... 91
§ 1. La faculté de libre accès aux tribunaux ne doit pas être confondue avec l'action ..... 91
§ 2. L'action n'est pas le pouvoir de réclamer un jugement favorable . 92
*Section II.* — L'irrecevabilité et l'instance ..... 92
*Sous-Section I.* — La recevabilité de l'action et la validité de la demande 93
*Sous-Section II.* — L'irrecevabilité et la déchéance ..... 94
*Sous-Section III.* — L'irrecevabilité dans les instances dérivées ..... 94
*Sous-Section IV.* — L'irrecevabilité est le moyen technique pour maintenir l'instance dans un certain cadre ..... 95
*Sous-Section V.* — L'irrecevabilité et l'incompétence ..... 95
*Conclusion du chapitre III* ..... 97
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE ..... 98

DEUXIÈME PARTIE

LA FONCTION DE LA NOTION D'IRRECEVABILITE ..... 99

CHAPITRE PREMIER. — *La contestation* ..... 101
*Section I.* — Le sens et la nécessité de la contestation ..... 103
*Sous-Section I.* — L'opinion dominante exige une contestation ..... 103

*Sous-Section II.* — La théorie qui nie la nécessité d'une contestation : critique ..... 104
*Section II.* — Les caractères de la contestation ..... 106
*Sous-Section I.* — Les relations entre la contestation, l'intérêt et le remède ..... 106
Sous-Section II. — L'actualité de la contestation ..... 108
§ 1. La recevabilité de l'action dans les cas où la contestation est née et actuelle ..... 110
§ 2. La consécration de l'intérêt à la sécurité ..... 111
A. — Les actions interrogatoires ..... 112
B. — Les actions provocatoires ..... 113
C. — Les actions déclaratoires ..... 116
D. — Les actions préventives en vue de constater des faits ..... 119
*Sous-Section III.* — Le caractère juridique de la contestation ..... 122
§ 1. Les actions des groupements ..... 123
A. — Les actions syndicales ..... 123
B. — Les actions des associations ..... 128
§ 2. La recevabilité et la moralité ..... 132
A. — La règle « nemo auditur propriam turpitudinem allegans » . 132
B. — L'action de la concubine ..... 138
*Section III.* — L'utilité que doit présenter la solution de la contestation .. 142
*Sous-Section I.* — L'utilité du remède ..... 142
*Sous-Section II.* — L'intérêt insignifiant ..... 144
*Conclusion du chapitre premier* ..... 146

CHAPITRE II. — *Le titulaire de l'action (la qualité et la capacité)* ..... 147
*Section I.* — La qualité est un pouvoir ..... 148
*Section II.* — La qualité et le fond ..... 150
*Sous-Section I.* — La qualité dérive du droit substantiel ..... 151
§ 1. Le principe et ses conséquences ..... 151
§ 2. Y a-t-il des exceptions au principe ? ..... 151
A. — La représentation ..... 152
B. — La subrogation ..... 153
C. — L'action du ministère public ..... 154
*Sous-Section II.* — La qualité, moyen technique pour élaborer des nouveaux droits substantiels ..... 156
§ 1. Le point de départ : la confusion entre la qualité, l'intérêt et le droit substantiel ..... 156
§ 2. L'apparition de la notion d'intérêt direct et personnel ..... 157
§ 3. La qualité, condition de l'action, a pour effet de créer un droit .... 158
*Sous-Section III.* — Le défaut de qualité donne lieu à une fin de non-recevoir liée au fond ..... 159
*Section III.* — La capacité d'ester en justice ..... 160
*Sous-Section I.* — La distinction entre la qualité et la capacité ..... 160
*Sous-Section II.* — La capacité n'est pas une condition de forme ..... 161
*Conclusion du chapitre II* ..... 163

CHAPITRE III. — *Le laps de temps* ..... 165
*Section I.* — La prescription et la forclusion ..... 166
*Sous-Section I.* — Le laps de temps éteint l'action et non le droit ..... 167
§ 1. La prescription éteint l'action et non la créance ..... 167

§ 2. La prescription n'éteint pas l'action en revendication, mais éteint les actions confessoires ..... 168
A. — L'action en revendication immobilière ..... 168
B. — L'action en revendication mobilière ..... 169
C. — Les actions confessoires ..... 170
*Sous-Section II.* — Le caractère empirique de la politique législative et jurisprudentielle ; le problème des délais préfix ..... 171
§ 1. La durée de la prescription ..... 171
§ 2. La nature de la prescription ..... 172
§ 3. L'écoulement du temps en tant que présomption du paiement .... 173
§ 4. L'écoulement du temps en tant qu'un moyen strictement procédural . 174
§ 5. Les délais fixés à l'avance et les délais non fixés à l'avance ..... 175
§ 6. La maxime : « Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum » ..... 178
§ 7. L'importance de la distinction entre les délais préfix et les délais de prescription ..... 179
*Section II.* — Les délais strictement procéduraux et les délais de procédure ..... 181
*Sous-Section I.* — Le critère des délais de procédure ..... 181
*Sous-Section II.* — Le régime juridique des délais de procédure ..... 183
*Section III.* — Les caractères communs aux fins de non-recevoir tirées du laps de temps ..... 183
*Conclusion du chapitre III* ..... 185

CHAPITRE IV. — *La chose jugée* ..... 187
*Section I.* — Les conditions de l'exception de la chose jugée ..... 188
*Sous-Section I.* — L'importance de la notion du litige pour l'autorité de la chose jugée ..... 189
§ 1. Il faut une décision qui tranche un litige ..... 189
A. — Il faut une décision judiciaire ..... 189
B. — Il faut que le jugement tranche un véritable litige entre les parties ..... 190
§ 2. Le litige décidé doit être identique au nouveau litige ..... 191
A. — L'identité d'objet ..... 192
B. — L'identité de cause ..... 193
C. — La difficulté de distinguer entre la cause et l'objet, la théorie de la question litigieuse ..... 195
D. — L'identité des parties ..... 197
*Sous-Section II.* — L'effet relatif ou absolu de la chose jugée ..... 198
§ 1. L'autorité relative de la chose jugée ..... 198
§ 2. L'autorité absolue de la chose jugée ..... 199
*Section II.* — La nature de l'exception de la chose jugée ..... 199
*Sous-Section I.* — La consommation de l'action et l'empêchement de contester ..... 200
*Sous-Section II.* — L'autorité de la chose jugée n'est pas une présomption légale de vérité ..... 201
*Sous-Section III.* — La relation entre l'autorité de la chose jugée et les droits substantiels ..... 203
*Sous-Section IV.* — L'autorité de la chose jugée est un principe de droit public ..... 205

*Sous-Section V.* — L'exception de la chose jugée est un moyen d'intérêt privé ..... 206
*Conclusion du chapitre IV* ..... 208
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE ..... 209
CONCLUSION GÉNÉRALE ..... 211
BIBLIOGRAPHIE ..... 217

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1130
Dépôt légal : 2e Trimestre 1967

Printed
in
France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 207 17-5-67